

Hacia un proceso penal más reparador y socializador: avances desde la justicia terapéutica

Dirección:
Esther Pillado González

Coordinación:
Tomás Farto Piay

**HACIA UN PROCESO PENAL
MÁS REPARADOR Y RESOCIALIZADOR:
AVANCES DESDE LA JUSTICIA TERAPÉUTICA**

**HACIA UN PROCESO PENAL MÁS REPARADOR Y
RESOCIALIZADOR:
AVANCES DESDE LA JUSTICIA TERAPÉUTICA**

Dirección:

Esther Pillado González
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

Coordinación:

Tomás Farto Piay
Investigador del área de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

DYKINSON

2019

Resolución de conflictos, 9
ISSN 2659-952X

© 2019 Autores

Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-1324-281-1

D.L.: M-23770-2019

Versión electrónica disponible en e-Archivo
<http://hdl.handle.net/10016/28535>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
<i>Esther Pillado González. Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Vigo. Presidenta de la Asociación Española de Justicia Terapéutica.</i>	
CAPÍTULO I	
APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE JUSTICIA TERAPÉUTICA	13
<i>Esther Pillado González. Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Vigo.</i>	
CAPÍTULO II	
JUSTICIA RESTAURATIVA Y JUSTICIA TERAPÉUTICA: HACIA UNA PRAXIS REFLEXIVA DE TRANSGRESIONES DISCIPLINARES	25
<i>Gema Varona Martínez. Doctora Investigadora Permanente. Instituto Vasco de Criminología. Universidad del País Vasco.</i>	
CAPÍTULO III	
FORMACIÓN DE LOS OPERADORES JURÍDICOS EN JUSTICIA TERAPÉUTICA	57
<i>Tamara Martínez Soto. Profesora visitante de Derecho Procesal. Universidad de Vigo.</i>	
CAPÍTULO IV	
DESISTIMIENTO EN SUPUESTOS DE DELITOS LEVES Y CONFORMIDAD COMO MANIFESTACIONES DE JUSTICIA TERAPÉUTICA	91
<i>M^a Dolores Fernández Fustes. Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal. Universidad de Vigo.</i>	

CAPÍTULO V MEDIACIÓN Y JUSTICIA TERAPÉUTICA	125
<i>Silvia Barona Vilar. Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Valencia.</i>	
CAPÍTULO VI LA DENOMINADA PRISIÓN PROVISIONAL “ATENUADA” COMO MANIFESTACIÓN DE JUSTICIA TERAPÉUTICA EN EL DERECHO ESPAÑOL	169
<i>Pablo Grande Seara. Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal. Universidad de Vigo.</i>	
CAPÍTULO VII LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA DEL DELITO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA JUSTICIA TERAPÉUTICA	203
<i>Izaskun Porres García. Abogada. Mediadora. Marta Sánchez Recio. Fiscal de la Fiscalía Provincial de Gipuzkoa.</i>	
CAPÍTULO VIII PRUEBA PERICIAL PSICOLÓGICA EN VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO CON ENFOQUE DE JUSTICIA TERAPÉUTICA	225
<i>Ramón Arce Fernández. Catedrático de Psicología Jurídica y Forense. Universidad de Santiago de Compostela. Francisca Fariña Rivera. Catedrática de Psicología Básica y Psicología Jurídica del Menor. Mercedes Novo Pérez. Profesora Titular de Psicología Jurídica. Universidad de Santiago de Compostela. Dolores Seijo Martínez. Profesora Titular de Psicología Jurídica. Universidad de Santiago de Compostela.</i>	
CAPÍTULO IX EVALUACIÓN E INTERVENCIÓN CON VÍCTIMAS MENORES DE EDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA TERAPÉUTICA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS VÍCTIMAS DE ABUSO SEXUAL INFANTIL	251
<i>Noemí Pereda Beltran. Profesora Titular de Victimología. Universidad de Barcelona. Mila Arch Marín. Profesora Asociada de Psicopatología. Universidad de Barcelona.</i>	

CAPÍTULO X LA FUNCIÓN DEL JUEZ EN LA DETERMINACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES PENALES PRIVATIVAS DE LIBERTAD	283
<i>Ignacio José Subijana Zunzunegui. Magistrado. Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa.</i>	
CAPÍTULO XI A PROPÓSITO DE LA SUSPENSIÓN AMPLIADA DE LA PENA: ALGUNAS NOTAS SOBRE EL ACUERDO ALCANZADO EN VIRTUD DE MEDIACIÓN	313
<i>Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas. Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Santiago de Compostela.</i>	
CAPÍTULO XII LA REGULACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL PARA INTERNOS PRIMARIOS: UNA LECTURA DESDE LA JUSTICIA TERAPÉUTICA	339
<i>Natalia Pérez Rivas. Profesora Contratada Interina de Derecho Penal. Universidad de Santiago de Compostela.</i>	
CAPÍTULO XIII APLICACIÓN DE LA JUSTICIA TERAPÉUTICA EN LA INTERVENCIÓN CON HOMBRES QUE HAN EJERCIDO VIOLENCIA DE GÉNERO.	373
<i>Francisca Fariña Rivera. Catedrática de Psicología Básica y Psicología Jurídica del Menor. Universidad de Vigo.</i> <i>Mercedes Novo Pérez. Profesora Titular de Psicología Jurídica. Universidad de Santiago de Compostela.</i> <i>Dolores Seijo Martínez. Profesora Titular de Psicología Jurídica. Universidad de Santiago de Compostela.</i> <i>Ramón Arce Fernández. Catedrático de Psicología Jurídica y Forense. Universidad de Santiago de Compostela.</i>	
CAPÍTULO XIV INTERVENCIÓN EN AGRESORES SEXUALES: APORTACIONES DE LA JUSTICIA TERAPÉUTICA	397
<i>Rui Abruñosa Gonçalves. Profesor de Psicología Jurídica. Universidade do Minho.</i>	

EPÍLOGO

**PRÓXIMOS PASOS EN EL DESARROLLO DE LA JUSTICIA
TERAPÉUTICA**

405

David B. Wexler. Catedrático de Derecho. Universidad de Puerto Rico.

Karla G. González Vázquez. Juris Doctor 2019. Universidad de Puerto Rico.

PRESENTACIÓN

En el año 2017, por iniciativa de un grupo de investigadores de la Universidad de Vigo y bajo el auspicio de David Wexler, se creó la *Asociación Española de Justicia Terapéutica* con el objetivo de impulsar la investigación científica en Justicia Terapéutica, así como difundir y promover sus procedimientos y prácticas entre los distintos operadores jurídicos; precisamente para cumplir con esa finalidad, en su Junta Directiva decidimos, hace ahora un año, preparar una publicación con la participación de expertos en la materia.

Como Presidenta de esta Asociación, me permito hablar en nombre de quienes pensamos que es posible un sistema de justicia más humano, de ahí la importancia de la Justicia Terapéutica, porque como apunta nuestro colega y amigo Enrique Osuna, Presidente de la Asociación Mexicana de Justicia Terapéutica, la misma no es una teoría, ni una filosofía, sino una perspectiva interdisciplinar que pretende identificar aquellos efectos no deseables derivados de la aplicación de las leyes, de los procedimientos y de la forma de actuar de sus operadores y que inciden en el bienestar emocional de las personas. Por eso, cuando hablamos de Justicia Terapéutica tratamos de acercarnos a las normas que regulan nuestro sistema judicial con otros ojos, buscando cómo poder aplicarlas o, en su caso, modificarlas, con la finalidad de que produzcan efectos positivos o terapéuticos en las personas, salvaguardando en todo caso, como no puede ser de otra forma, el debido proceso. Para ello es esencial que trabajemos de forma conjunta quienes venimos del campo del derecho con aquellos que proceden de otras disciplinas del ámbito social como pueden ser la psicología, la educación, la sociología, la psiquiatría o el trabajo social.

Pues bien, la obra que se presenta al lector trata de dar a conocer la Justicia Terapéutica a los investigadores y profesionales que trabajan en su día a día con personas que se enfrentan a un proceso penal, ya sea como víctima o victimario, para mostrarles una visión distinta de nuestro sistema de justicia penal que pueda ofrecer una respuesta más humana. Para cumplir ese objetivo, se inicia la obra con tres capítulos, que pueden considerarse introductorios, en los que se parte del concepto de Justicia Terapéutica desde sus orígenes en Estados Unidos, con las obras de los Profesores Wexler y Winick, para diferenciarla después de la justicia restaurativa y resaltar la importancia de formar a los operadores jurídicos en Justicia Terapéutica para de esta

forma poner a su disposición nuevas herramientas en su quehacer diario que redunden en beneficio de quienes están involucrados en el proceso penal.

A partir de aquí y a lo largo de los capítulos siguientes se van analizando las distintas figuras jurídicas propias del proceso penal y los programas de intervención con víctimas o victimarios que encajan con los postulados de la Justicia Terapéutica. En concreto, se analizarán todas aquellas instituciones previstas en la LECrim y el CP que, de alguna u otra manera, suponen una manifestación, más o menos intensa, del principio de oportunidad; así, el desistimiento en supuestos de delitos leves, la conformidad o la mediación, la prisión provisional atenuada o las distintas posibilidades que, en la fase de ejecución de la pena, llevan a una mejor resocialización del condenado; asimismo, se exponen al lector los distintos programas de intervención social que persiguen esa citada rehabilitación del infractor. A su vez, se hace también un análisis de la necesaria protección que se da a la víctima en nuestro ordenamiento jurídico para después completar esa visión con los programas de atención a las víctimas, especialmente aquellas que se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad. Para finalizar, el Prof. Wexler y su colega Karla G. González Vázquez, a modo de epílogo y desde la perspectiva internacional, nos muestran los que consideran los pasos para facilitar el desarrollo de la TJ en nuestro sistema procesal penal.

Al tratarse de una obra colectiva, he intentado como coordinadora de la misma, que los distintos capítulos que la conforman se integren perfectamente en un todo de tal manera que la obra final aparezca como una construcción orgánica en la que se analizan de forma ordenada las figuras procesales y los programas de intervención que responden al paradigma de la Justicia Terapéutica.

No quiero terminar esta breve presentación de la obra sin mostrar mi más profundo agradecimiento a todos los autores que han participado en la misma porque sin su esfuerzo y dedicación no habría sido posible que viera la luz.

En Vigo, 24 de junio de 2019

Esther Pillado González
Presidenta de la Asociación Española de Justicia Terapéutica
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE JUSTICIA TERAPÉUTICA

Esther Pillado González
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

Sumario: 1. ORIGEN DE LA JUSTICIA TERAPÉUTICA. 2. ¿QUÉ ES LA JUSTICIA TERAPÉUTICA?. 2.1. Concepto de Justicia Terapéutica. 2.2. La actuación de los jueces y la Justicia Terapéutica. 2.2.1. Tribunales de Tratamiento de Drogas. 2.2.2. Actuación de los jueces en otros tribunales. BIBLIOGRAFÍA.

1. ORIGEN DE LA JUSTICIA TERAPÉUTICA

El término *Therapeutic Jurisprudence* (en adelante TJ) se utiliza por primera vez, de forma oficial en 1987, en un trabajo del Prof. David B. Wexler para el National Institute of Mental Health, en Estados Unidos. En concreto, el Prof. Wexler escribió el primer documento sobre TJ para el taller sobre salud mental-legal del National Institute of Mental Health, donde analizó el derecho como terapia, ofreciendo, de este modo, un marco conceptual de la TJ como campo diferenciado de investigación¹. En el ámbito de la salud mental, el Prof. Wexler constató cómo las normas y procedimientos legales, aún sin pretenderlo, a veces producían efectos antiterapéuticos en las personas a las que se aplicaban.

En las décadas siguientes, el Prof. Wexler junto con el Prof. Bruce Winick, profundizan en el concepto de TJ, cuya aplicación extienden a ámbitos ajenos a la salud mental², como puede ser el derecho de familia o el derecho penal.

1 WEXLER, D.B., “The Development of Therapeutic Jurisprudence: From Theory to Practice”, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*. Arizona Legal Studies Discussion Paper, num. 13-51. <http://ssrn.com/abstract=2344940>.

2 A los Profs. Wexler y Winick se les considera los padres e impulsores de esta nueva forma de entender la justicia. Bruce Winick fue profesor de Derecho en la Universidad de Miami (falleció en 2010). David Wexler fue profesor de Derecho en la Universidad de Arizona y en este momento imparte docencia en la Universidad de Puerto Rico y es Presidente Honorario del International Society for Therapeutic Jurisprudence.

En la actualidad se cuenta con un importante acervo de publicaciones sobre TJ en diversos ámbitos³

De este modo, aunque la TJ tiene sus orígenes en el campo de la Ley de Salud Mental pronto se expandió a otros ámbitos legales; el derecho de familia, el derecho penal de adultos y también de menores; a la par, sus teorías y planteamientos se van aceptando internacionalmente, y no sólo en el ámbito anglosajón. En este momento tiene una especial incidencia en América Latina. De hecho en el año 2012, se ha creado la Asociación Iberoamericana de Justicia Terapéutica con participación de profesionales y académicos de los ámbitos jurídico y social de España y América Latina⁴.

En Latinoamérica, el término *Therapeutic Jurisprudence* se ha traducido al español de diferentes formas, entre las que destacan Derecho Terapéutico o Jurisprudencia Terapéutica, pero la expresión más utilizada es, sin duda, Justicia Terapéutica. Así, en la primera conclusión del I Congreso Iberoamericano de Justicia Terapéutica, celebrado en España en 2012, se afirma que se considera “procedente la traducción al español de *Therapeutic Jurisprudence* (TJ) como Justicia Terapéutica, manteniendo el acrónimo original (TJ)⁵.

2. ¿QUÉ ES LA JUSTICIA TERAPÉUTICA?

2.1. Concepto de Justicia Terapéutica

La Justicia Terapéutica (en adelante, TJ) trata de estudiar “el rol del derecho como agente terapéutico”⁶, analizando el impacto que una determinada ley, norma o proceso provoca sobre la vida emocional y el bienestar psicológico de las personas afectadas por su aplicación. El derecho se considera como una fuerza social que produce comportamientos y consecuencias, pudiendo

3 Muchas de las publicaciones sobre TJ de David B. Wexler, Bruce J. Winick y muchos otros autores pueden consultarse en la bibliografía de la International Society for Therapeutic Jurisprudence en el siguiente enlace <https://www.intltj.com/>, bajo Resources.

4 Esta surge por iniciativa de un grupo de profesores de las Universidades de Vigo y Santiago de Compostela con la participación activa del Prof. David Wexler y, en este momento, cuenta con profesionales y académicos de España y diversos países de América. Vid. <http://justiciaterapeutica.com>

5 <http://justiciaterapeutica.webs.uvigo.es/archivo/conclusiones-congresos>

6 WEXLER, D.B., WINICK, B.J. (eds.), *Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence*, Durham, NC: Carolina Academic Press, 1996.

ser estas tanto terapéuticas como antiterapéuticas, esto es, beneficiosas o perjudiciales para las personas a las que se aplica⁷.

La TJ quiere que seamos conscientes de esto y que veamos si el derecho puede elaborarse y aprobarse o aplicarse de una manera más terapéutica, respetando al mismo tiempo el valor de la justicia.

La visión que tiene la TJ del derecho como un potencial agente terapéutico la lleva a incorporar al ordenamiento jurídico principios e instrumentos propios de las ciencias de la conducta (por ejemplo, la psicología) pero sin vulnerar en ningún caso los derechos de las personas y siempre dentro del respeto al debido proceso.

La TJ postula humanizar el derecho focalizando en el lado humano, emocional y psicológico del derecho y los procesos legales, para así promover el bienestar de las personas a las que afecta.

Para analizar una ley desde la perspectiva de TJ, es necesario hacerse una serie de preguntas sobre todos los efectos, deseados o no, que esa norma puede provocar en las personas y analizar si esos efectos son terapéuticos o anti-terapéuticos; para ello, deben utilizarse principios y técnicas de otras ciencias sociales: psicología, psiquiatría, trabajo social, criminología...

Ahora bien, cuando se alude al derecho, se está pensando en tres categorías diferentes: las normas legales, los procesos judiciales y el rol de los distintos operadores que intervienen en la aplicación de las normas, como pueden ser los jueces, los abogados o la policía.

El propio David Wexler para explicar cómo las leyes, en general, pueden ser antiterapéuticas hace referencia a distintos supuestos⁸. A saber, como ejemplo de norma legal, se refiere a la regla de “no pregunte, no diga” (*don't ask, don't tell*) que estuvo vigente en el ejército de los Estados Unidos desde 1993 a 2010; esta norma prohibía a los mandos militares preguntar sobre la orientación sexual de los miembros del ejército o de los reclutas, o iniciar ninguna investigación al respecto salvo que se exhiba un comportamiento prohibido⁹. Se entendía que si el recluta o miembro del ejército no hablaba de ese tema, es que no existía problema alguno¹⁰.

7 WINICK, B. J., WEXLER, D. B. *Judging in a therapeutic key: Therapeutic Jurisprudence and the Courts*, Durham, NC: Carolina Academic Press, 1996, pág. 7.

8 Vid. WEXLER, D.B., “Justicia terapéutica: Una visión general” (trad. y edic. Muñoz, G. y Droppelmann, C.), 2009, <https://ssrn.com/abstract=2468365>

9 Debe tenerse en cuenta que la Ley vigente en aquel momento en los Estados Unidos prohibía a los homosexuales servir en las fuerzas armadas americanas.

10 Esta regla se introdujo para cumplir con un compromiso electoral de Bill Clinton

Con el objeto de resaltar los efectos antiterapéuticos de la regla *don't ask, don't tell*, el Prof. Wexler alude al estudio realizado por la Prof.^a Kay Kavanagh¹¹ en el que se ponía de manifiesto cómo una persona que es homosexual en el ejército y no puede contarlo, tendría miedo también de hablar sobre otras cuestiones, porque esto aumentaría la probabilidad de que le formularan preguntas sobre el tema legalmente prohibido. Entonces, hablar sobre dónde y con quién han pasado las vacaciones, puede ser incómodo al abrir la posibilidad de que se pregunte acerca de si se es homosexual, tema de conversación prohibido. Por tanto, dicha norma, en la práctica, puede causar gran aislamiento, marginación y superficialidad en las relaciones sociales para un homosexual en el ejército, cuestión en la que no se pensó, seguramente, cuando se aprobó esta norma. Por el contrario, ésta fue diseñada bajo la convicción de que la vida sexual de las personas forma parte de su intimidad y que, por tanto, tiene sentido no preguntar y que la gente no hable al respecto. Además, se partía de la consideración de que la vida sexual de las personas es un tema aislado, que no se extiende hacia otros aspectos de la vida social.

En cuanto a los procesos judiciales, un ejemplo de cómo los mismos pueden estudiarse desde el punto de vista de la TJ es el proceso matrimonial contencioso; si analizamos los procesos de ruptura de pareja, matrimonial o no, sobre todo en lo que respecta al conflicto relativo a la custodia de los hijos comunes, comprobamos como el carácter adversarial del proceso judicial provoca, en muchas ocasiones, un auténtica “guerra” entre los progenitores en la que se invierten enormes esfuerzos para desprestigiar al otro progenitor y así aparecer ante el juez como el más idóneo para asumir la custodia. No se duda, para lograr este fin, en involucrar en esa batalla a los hijos que son quienes al final, en mayor medida, sufren las consecuencias antiterapéuticas del proceso judicial¹². La TJ se centra en analizar alternativas menos perjudi-

durante la campaña presidencial de 1993, que prometió que se permitiría a todos los ciudadanos fuera cual fuera su orientación sexual servir en el ejército americano. La ley fue mantenida en vigor por las administraciones siguientes: el segundo período presidencial de Clinton, los dos períodos administrativos de George W. Bush y el primero de Barack Obama; durante su segundo mandato, fue revocada por la Cámara de Representantes el 16 de diciembre de 2010 y por el Senado el 18 de diciembre del mismo año. Finalmente, Barack Obama la derogó el 22 de diciembre de 2010.

11 WEXLER, D.B., “Justicia terapéutica: Una visión general...”, op. cit.

12 ORTUÑO MUÑOZ, P., “Los conflictos de derecho de la persona y la familia y la TJ”, en *Justicia terapéutica: experiencias y aplicaciones* (comp. Wexler, Fariña, Morales y Colín), INACIPE, Puebla, 2014, págs. 51 y 52.

ciales para las partes, entre las que destaca la mediación que, como se expondrá en apartados posteriores se muestra como una manifestación clara de sus principios y postulados.

Finalmente, en lo que respecta a los roles legales, la TJ analiza cómo la actuación de los distintos agentes que intervienen en un proceso judicial, como los jueces o los abogados, tiene importantes efectos en las personas a las que afecta ese proceso; así, y volviendo al proceso contencioso relativo a custodia de hijos comunes, la actitud de los jueces restando trascendencia a los enfrentamientos personales (salvo que exista algún episodio de violencia) y aconsejando que se realice un esfuerzo para alcanzar acuerdos o derivando a los progenitores a mediación, contribuye muy eficazmente a reducir los efectos perjudiciales que el carácter adversarial del proceso produce sobre los padres y sus hijos; otro tanto se puede decir de los abogados, cuya labor es esencial a la hora de aconsejar a su cliente un cambio de actitud apartándose del ánimo vindicativo, haciéndoles ver la necesidad de alcanzar soluciones que den estabilidad a sus hijos¹³.

La relevancia del rol de los jueces a lo largo del proceso judicial es esencial desde la óptica de la TJ, de ahí la conveniencia de dedicarle un apartado específico donde se analizará con detalle.

Debe tenerse en cuenta que la TJ surge, como ya se expuso, en el ámbito propio de la salud mental y, en ese contexto, los Profs. Wexler y Winick, partieron de estudios psicológicos realizados para ayudar a los médicos en su relación con los pacientes con el objeto de generar adherencia a los tratamientos y, con ello, prevenir las recaídas¹⁴. Se trataba de que el paciente entienda de forma clara el contenido del tratamiento, lo que obligaba al médico a utilizar un lenguaje comprensible evitando la terminología técnica, explicando con detalle cómo debe el paciente afrontar su cumplimiento; además, el médico, debe escuchar de forma activa al paciente y resolver sus dudas y miedos al respecto. El médico debe mostrarse respetuoso hacia el paciente y adoptar, en la medida de lo posible, sus sugerencias sobre cómo aplicar el tratamiento. Se habla, en definitiva de empatía, escucha activa, actitud positiva y respeto hacia el paciente como elementos importantes que llevan a la adherencia al tratamiento médico. Finalmente, también es importante para que el paciente

13 Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P., “Los conflictos de derecho de la persona y la familia y la TJ...”, op. cit. págs. 50 y ss.

14 Vid. al respecto, MEICHENBAUM, D., TURK, D. C., *Facilitating treatment adherence: A practitioner's guidebook*, 1987.

siga al tratamiento que asuma ese compromiso en presencia de personas de su entorno cercano (normalmente, miembros de su familia); cuando los familiares están informados de lo que los pacientes deben hacer, es más probable el cumplimiento del tratamiento.

Pues bien, desde el punto de vista de la TJ, se planteó si en el ámbito judicial podrían ser útiles esos estudios con el objeto de facilitar, por ejemplo, el cumplimiento por parte de los infractores en situación de libertad vigilada¹⁵.

2.2. La actuación de los jueces y la Justicia Terapéutica

2.2.1. Tribunales de Tratamiento de Drogas

Siguiendo los parámetros de la TJ, la función de impartir justicia se replantea desde un enfoque más humano, donde las ciencias sociales se incorporan en el proceso para una intervención con fines terapéuticos.

El funcionamiento de la TJ supone la asunción por parte del juez de un rol especial, en cuanto deja de ser simplemente quien dicta sentencia para involucrarse en la lógica de la solución de conflictos basada en la búsqueda de una respuesta específica para la problemática en la que están inmersas las partes con una finalidad terapéutica.

Un buen ejemplo de ese nuevo papel del juez es el que nos ofrecen los Tribunales de resolución de problemas¹⁶, entre los que destacan los Tribunales de Tratamiento de Drogas que fueron pioneros a finales de la década de los años ochenta en el estado de Florida¹⁷ en una época en que el elevado índice de consumo de drogas provocó un alto número de condenas a penas privati-

15 WEXLER, D.B., "Justicia terapéutica: Una visión general...", op. cit.

16 Los juzgados de resolución de problemas son juzgados especializados para tratar problemas específicos que, a menudo, implican a sujetos que necesitan servicios de tratamiento social, de salud mental o por abuso de drogas (entre otros, los supuestos de delitos cometidos por personas con problemas de alcoholismo, consumo de drogas, salud mental o situaciones de violencia familiar). El pionero de estos juzgados fue el Juzgado de Menores, que se inició en Chicago en 1899 como un intento de proporcionar un planteamiento rehabilitador al problema de la delincuencia juvenil, en vez del planteamiento punitivo de los juzgados penales de adultos. Vid. WINICK, B.J., *Justicia terapéutica y los Juzgados de resolución de problemas*, <http://www.law2.arizona.edu/depts/upr-intj/JTylosJRP-BruceWinick.PDF>

17 En concreto, en Miami en 1989; actualmente se han extendido por los diversos estados de Estados Unidos y también por otros países como Canadá, Australia, Brasil, Chile y México.

vas de libertad que sobrepoblaron el ya saturado sistema penitenciario americano; ante esta situación, verificada la estrecha relación entre consumo de drogas y criminalidad, se creó una alternativa al proceso penal convencional destinada a los infractores que cometían delitos motivados por su adicción a las drogas¹⁸.

Aunque, debe aclararse que los Tribunales de Tratamiento de Drogas se desarrollaron independientemente de la TJ; puede decirse que toman el enfoque de la TJ para el tratamiento de los delitos cometidos como consecuencia de la adicción a las drogas puesto que su objetivo es la rehabilitación del infractor. Utilizan el proceso legal y el rol del juez en particular para lograr esta finalidad, y muchos jueces de dichos tribunales especializados han incorporado técnicas y conceptos de la literatura de TJ a sus prácticas para mejorar los procesos.

La TJ y los Tribunales de Tratamiento de Drogas comparten una causa común: la forma en que los códigos legales y las prácticas judiciales pueden diseñarse para facilitar el proceso de rehabilitación. No con un enfoque punitivo, sino con una orientación pragmática que tienda a la rehabilitación del infractor¹⁹.

Los Tribunales de Tratamiento de Drogas fueron una respuesta a la evidencia de que enjuiciar a infractores no violentos imputados por consumo de drogas a través de los tribunales penales para, en su caso, condenarlos al cumplimiento de una pena privativa de libertad, no cambiaría su comportamiento adictivo. En lugar de eso, llevaba a un efecto de puerta giratoria en el que los infractores continuaban consumiendo drogas luego de ser puestos en libertad y reincidiendo en su comportamiento delictivo. Así, la intervención de los tribunales no podía tratar de manera efectiva el problema subyacente y, en este sentido, podía decirse que eran anti-terapéuticos²⁰.

En lugar del enfoque tradicional de la actuación de los órganos judiciales penales, los Tribunales de Tratamiento de Drogas enfatizan la rehabilitación del infractor y explícitamente hacen que el juez sea miembro del

18 PULCHERIO FENSTERSEIFER, D., “Therapeutic Jurisprudence e o Programa de Justiça Terapêutica: em busca de uma redução do impago da lei sobre o indivíduo”, <http://www.direito.ufmg.br/revista>

19 WINICK, B.J., WEXLER, D.B., “Tribunales de Tratamiento de Drogas: Justicia Terapéutica aplicada”, en *Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile. (Artículos de apoyo)*, Fundación Paz Ciudadana, Santiago de Chile, 2010.

20 Vid. WINICK, B.J., *Justicia terapéutica y los Juzgados de resolución de problemas*, <http://www.law2.arizona.edu/depts/upr-intj/JTylosJRP-BruceWinick.PDF>

equipo de tratamiento; el objetivo perseguido es analizar las causas de la adicción del inculcado para romper con ellas y, de esta forma, poner fin a la criminalidad²¹.

Con carácter general, los Tribunales de Tratamiento de Drogas funcionan como unos programas dentro de los tribunales penales y su principal característica es que el inculcado se deriva a un tratamiento de rehabilitación que es supervisado por el juez. Con carácter general y al margen de las particularidades de los distintos programas de los diferentes países, no se trata de una simple derivación desde los tribunales a un tratamiento sino que la supervisión judicial es uno de los elementos centrales del modelo de actuación, como se expondrá seguidamente.

Normalmente, la derivación a un Tribunal de Tratamiento de Drogas supone la suspensión del proceso judicial para el inculcado quien debe aceptar permanecer libre de drogas, participar en un curso obligatorio sobre tratamiento de drogas y cumplir con el plan de tratamiento establecido por el Tribunal. Una vez manifestada la voluntad de querer efectivamente participar en el programa, el inculcado se presenta ante el juez de drogas quien en colaboración con un equipo multidisciplinar (formado, entre otros, por un psicólogo y un trabajador social, además de un abogado defensor, un fiscal y un especialista en tratamientos de adicciones) elabora un plan de tratamiento (que incluirá, entre otras cuestiones, un cambio de comportamiento del inculcado y retos específicos en relación a familia, trabajo, hijos...). Durante toda la duración de ese tratamiento, el inculcado debe someterse a test de consumo de drogas de forma periódica e informar al juez de drogas de su progreso o, en su caso, de su recaída.

Como ya se apuntó, la supervisión judicial tiene una gran importancia para la consecución de los objetivos del tratamiento; la misma será de diversa periodicidad, según el programa de que se trate. Su objetivo será no sólo controlar el cumplimiento del plan sino también fomentar la adherencia al tratamiento por medio de mecanismos de sanciones e incentivos. De esta manera, se utiliza la autoridad del juez de una manera creativa para obtener resultados en el proceso de rehabilitación²². El hecho de que sea el propio juez

21 FRÍAS ARMENTA, M., *Justicia terapéutica en Méjico*, en *Justicia terapéutica: experiencias y aplicaciones* (comp. Wexler, Fariña, Morales y Colín), INACIPE, Puebla, 2014, pág. 33.

22 AAVV, *Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile*, Fundación Paz Ciudadana, Santiago de Chile, 2010, pág. 29.

quien escuche al infractor sobre cuales han sido sus avances y retrocesos le hace sentirse más motivado dentro del proceso de cambio que ha iniciado en cuanto se siente participe de las decisiones que se van adoptando. Será el juez quien determine la continuación del inculpado en el programa o, en su caso, el retorno al proceso judicial dependiendo del cumplimiento de las condiciones impuestas²³.

No olvidemos que los infractores derivados a un Tribunal de Tratamiento de Drogas están en realidad aceptando ser parte en un tipo de contrato conductual con el tribunal y, por tanto, los jueces deben entender la psicología de dicho contrato y cómo puede utilizarse para aumentar la motivación, el cumplimiento y el desempeño efectivo²⁴.

Por todo lo anterior, la participación del juez en los Tribunales de Tratamiento de Drogas requiere ciertos conocimientos y destrezas, de ahí que sea necesaria una formación específica en materias concretas; a saber, el juez debe conocer la naturaleza de la adicción a las drogas, esto es, cómo actúan las drogas y cómo afecta a la persona que consume; además, es preciso que conozca de forma general cómo son los tratamientos de la adicción, sus etapas

Poniendo el ejemplo de los Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile, se destaca que para que una persona se mantenga en un programa de rehabilitación, es necesario que las condiciones de asistencia y seguimiento se vayan modificando a lo largo del proceso. Es probable que en la etapa final, estas personas encuentren trabajo, quieran asistir a capacitación o deseen, por ejemplo, retomar a sus familias, para lo cual se va a requerir una modificación de las condiciones iniciales a las que se comprometieron. Las audiencias de seguimiento son la instancia que permite al infractor solicitar autorización para estos cambios, evitando lo que ocurre cuando no hay seguimiento y los infractores, por dejar el tratamiento o cambiar su domicilio, corren el riesgo de incumplir. Por otra parte, el hecho de que el tribunal acepte estas solicitudes aporta al sentido de autoeficacia y funciona como mecanismo de incentivo, ya que se trabaja el caso *ad hoc*, incorporando las necesidades individuales de cada participante.

23 Se ha destacado que frente a los tratamientos de drogas dentro de los centros penitenciarios, el tratamiento en libertad propio de los Tribunales de Tratamiento de Drogas es mucho más efectivo. La razón de esta mayor eficacia se debe a que “en el medio privativo de libertad, los sujetos no tienen la oportunidad de probar sus aprendizajes y cambios conductuales en un ambiente real, por lo cual muchos de ellos recaen al salir en libertad. Por otra parte, el tratamiento en la comunidad permite incluir a otros agentes que pueden operar como facilitadores del proceso de cambio, como la familia, los amigos, el trabajo, entre otros”. Vid. AAVV, *Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile...*, op. cit., pág. 28.

24 WINICK, B.J., WEXLER, D.B., “Tribunales de Tratamiento de Drogas: Justicia Terapéutica aplicada...”, op. cit.

y las dificultades que se pueden presentar a lo largo del mismo. Por otra parte, debe aprender ciertas técnicas y habilidades de comunicación que le permitan tener una buena conexión con el inculpado, para presentarse frente a él como alguien cercano, que le escucha y le comprende; debe procurar siempre tratar a los infractores con dignidad y respeto, inspirarles confianza y darles la oportunidad de participar, y escuchar con atención lo que dicen. Se trata de que el juez pueda dirigir las sesiones de supervisión de forma provechosa. Por supuesto, el equipo multidisciplinar debe ser un gran apoyo para el juez quien debe preparar con el mismo las sesiones de supervisión del inculpado.

2.2.2. Actuaciones de los jueces en otros tribunales

Además de los tribunales de resolución de problemas, también los principios de TJ se pueden aplicar a los tribunales de justicia cuando los jueces ejercen su estricta función judicial de dictar sentencia para resolver la controversia; no olvidemos que *la manera* en que los jueces y otros actores legales desempeñan sus roles, tiene consecuencias directas en el bienestar psicológico de las personas con quienes interactúan.

Los jueces deben entender unos conocimientos básicos de psicología y trabajo social para, de esta forma, adquirir habilidades que les permitan interactuar con los usuarios del sistema judicial; en concreto, la escucha activa, el respeto, la empatía, la identificación y expresión de emociones, la actitud positiva y la toma de decisiones basada en la evidencia científica²⁵

Es esencial la actuación de los jueces de acuerdo con el principio de equidad procesal. Al respecto, en el Informe Oficial presentado por los jueces Kevin Burke y Steve Leben a la Asociación de Jueces y Juezas de los Estados Unidos bajo el título *Equidad Procesal: Elemento principal en la satisfacción de la ciudadanía*, se evalúa la insatisfacción del público con la Rama Judicial²⁶. Se pretende concienciar a los jueces sobre la disparidad entre su percepción del

25 MORALES QUINTERO, L.A., AQUILAR DÍAZ, M^a.B., “Justicia Terapéutica: barreras y oportunidades para su aplicabilidad en México”, en *Justicia Terapéutica: experiencias y aplicaciones* (comp. Wexler, Fariña, Morales y Colín), INACIPE, Puebla, 2014, págs. 20 a 23.

26 BURKE, K., LEBEN, S., *Equidad procesal: elemento principal en la satisfacción de la ciudadanía. Informe Oficial de la Asociación de Jueces y de Juezas de los Estados Unidos La Voz de la Judicatura* (trad. Negociado de Traducciones del Tribunal Supremo de la Rama Judicial del Estado Libre Asociado de Puerto Rico), 2007. Texto disponible en <http://www.law2.arizona.edu/depts/upr-intj/pdf/Procesal.pdf>

proceso judicial y la percepción del público y apoyar cambios que mejoren la labor realizada por los tribunales. Se recomienda a los jueces continuar dedicados a lograr resultados justos, pero también ceñir sus acciones, su lenguaje y sus reacciones a las expectativas de equidad procesal de la ciudadanía.

Para referirse a la aplicación de los principios de la TJ fuera del ámbito de los tribunales de resolución de problemas, el Prof. Wexler utiliza una metáfora que puede resultar muy ilustrativa. Se trata de pensar en “técnicas y prácticas profesionales de la TJ como un *líquido* o *vino*, y en los procedimientos legales y las normas legales aplicables, el paisaje legal, como *botellas*”²⁷. Partiendo de lo anterior, se puede hablar de *disposiciones amigables para TJ* y *disposiciones no amigables para TJ*, a la vista de la cantidad de líquido de TJ que puede caber en una botella; incluso podría hablarse de *amigos de las buenas prácticas de TJ*. Por ejemplo, la cadena perpetua es una práctica no amigable para la TJ, en cambio las normas que permiten la actuación de los Tribunales de Tratamiento de Drogas son amigables para la TJ y un juez habilidoso y bien formado en técnicas de TJ puede combinar normas amigables y no amigables de TJ para hacer que las primeras pasen a ser más terapéuticas. A partir de esta consideración general, el Prof. Wexler hace un estudio de “líquido”, esto es, de cómo los jueces pueden ir incorporando en su actuación jurisdiccional los principios de la TJ; pero sobre todo, analiza las “botellas”, centrándose en el estudio de algunas leyes estadounidenses, tanto federales como estatales con el objeto de analizar si son amigables o no para la TJ²⁸.

No procede en un trabajo de este carácter, realizar un análisis profundo del carácter amigable o no para la TJ de las normas vigentes en España; sí parece interesante destacar las figuras jurídicas propias del proceso penal o los programas de intervención con víctimas o victimarios que encajan con los postulados de la TJ. A estas cuestiones se dedican los apartados siguientes. Para finalizar, con posterioridad a la visión de TJ en nuestro ordenamiento jurídico, el Prof. Wexler y su colega Karla G. González Vázquez, han preparado un breve epílogo desde la perspectiva internacional, recomendando pasos para facilitar el desarrollo del TJ en el proceso penal.

27 WEXLER D.B., “Nuevo vino en nuevas botellas: la necesidad de diseñar un Código de Procesos y Prácticas penales desde la perspectiva de la Justicia Terapéutica”, en *Justicia Terapéutica: experiencias y aplicaciones* (comp. Wexler, Fariña, Morales y Colín), INACIPE, Puebla, 2014, págs. 1 y ss.

28 WEXLER D.B., “Nuevo vino en nuevas botellas: la necesidad de diseñar un Código de Procesos y Prácticas penales desde la perspectiva de la Justicia Terapéutica...”, op. cit., págs. 3 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, *Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile*, Fundación Paz Ciudadana, Santiago de Chile, 2010, pág. 29.
- BARONA VILAR, S., “Reflexiones en torno a la tutela procesal de los consumidores y usuarios. La política de protección de los mismos en la Unión Europea: líneas de presente y futuro”, en *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2003.
- BURKE, K., LEBEN, S., *Equidad procesal: elemento principal en la satisfacción de la ciudadanía. Informe Oficial de la Asociación de Jueces y de Juezas de los Estados Unidos La Voz de la Judicatura* (trad. Negociado de Traducciones del Tribunal Supremo de la Rama Judicial del Estado Libre Asociado de Puerto Rico), 2007. <http://www.law2.arizona.edu/depts/upr-intj/pdf/Procesal.pdf>
- GONZÁLEZ PILLADO, E., *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*, Valencia, 2012.
- PILLADO GONZÁLEZ, E., FARIÑA RIVERA, F., *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*, Valencia, 2015.
- PULCHERIO FENSTERSEIFER, D., “Therapeutic Jurisprudence e o Programa de Justiça Terapêutica: em busca de uma redução do impago da lei sobre o indivíduo”, <http://www.direito.ufmg.br/revista>
- WEXLER, D.B., “The development of Therapeutic Jurisprudence: from Theory to Practice”, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*. Arizona Legal Studies Discussion Paper, num. 13-51. <http://ssrn.com/abstract=2344940>; idem, “Complemento al informe Oficial: ya es hora de establecer una relación recíproca sólida entre la Equidad Procesal y la Justicia Terapéutica, 2008, <http://www.law2.arizona.edu/depts/upr-intj/pdf/traducido.pdf>; idem, “TJ: Una visión general” (trad. y edic. Muñoz, G. y Droppelmann, C.), 2009, <https://ssrn.com/abstract=2468365>
- WEXLER, D.B., FARIÑA RIVERA, F., MORALES QUINTERO, L.A., COLÍN SOTO, S. (comp.), *Justicia terapéutica: experiencias y aplicaciones*, INACIPE, Puebla (México), 2014.
- WEXLER, D.B., WINICK, B.J. (eds.), *Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence*, Durham, NC: Carolina Academic Press, 1996; idem, *Judging in a therapeutic key: Therapeutic Jurisprudence and the Courts*, Durham, NC: Carolina Academic Press, 1996.
- WINICK, B.J., *TJ y los Juzgados de resolución de problemas*, <http://www.law2.arizona.edu/depts/upr-intj/JTylosJRP-BruceWinick.PDF>

CAPÍTULO II

JUSTICIA RESTAURATIVA Y JUSTICIA TERAPÉUTICA: HACIA UNA PRAXIS REFLEXIVA DE TRANSGRESIONES DISCIPLINARES

Gema Varona Martínez

Doctora investigadora permanente

Instituto Vasco de Criminología

(Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea)

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. UN MOVIMIENTO COMÚN: EL DERECHO INTEGRATIVO. 2.1. Origen del movimiento de Derecho integrativo. 2.2. Diferentes formas innovadoras de justicia dentro del Derecho integrativo. 2.2.1. Justicia restaurativa. 2.2.2. Justicia procedimental. 2.2.3. Justicia terapéutica y orientada a los problemas. 2.2.4. Derecho colaborativo. 3. LO TERAPÉUTICO FRENTE A LO TRANSFORMADOR: MÁS ALLÁ DE LA CRÍTICA ACTUAL SOBRE LA DERIVA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA. 4. HACIA UN DERECHO REFLEXIVO COMO MARCO DE DESARROLLO DE FORMAS COMPLEMENTARIAS Y CUESTIONADORAS DE JUSTICIA. BIBLIOGRAFÍA.

“Podernos preguntar por nuestra dignidad de manera abierta y no predeterminada era lo que para el humanista Pico della Mirandola en su *Discurso sobre la dignidad del hombre* nos hacía humanos. La *dignitas* no era un atributo u otro, sino la posibilidad misma de podernos plantear cuál es el estatuto de la experiencia humana desde el punto de vista de la mejora de su condición”.

(Garcés 2017, 71)

1. INTRODUCCIÓN

En estas páginas se realizará una reflexión, basada en trabajos previos de la autora, sobre las relaciones entre la justicia restaurativa y la justicia terapéutica. Para ello, en primer lugar, se ubicará a ambas formas de justicia dentro del paraguas del llamado Derecho integrativo, deteniéndonos en el origen del mismo, para considerar, después, otras formas relacionadas de justicia. En segundo lugar, se expondrá y rebatirá la crítica actual hacia la justicia restaurativa respecto de su carácter terapéutico que desnaturalizaría su potencial transformador frente a la justicia punitiva. Finalmente se realizarán unas breves consideraciones sobre lo que algunos autores de Sociología jurídica

consideran como “derecho reflexivo” que puede considerarse como un campo poroso para entender la retroalimentación entre la justicia terapéutica y la justicia restaurativa.

Para no caer en abstracciones generalizadoras, la argumentación de cada epígrafe, con base en investigaciones empíricas, cuantitativas y cualitativas, y en el desarrollo de los principios garantistas del Derecho penal, se ilustrará con los resultados de dichos estudios. Ello se conecta con la cita introductoria de Garcés (2017, 71). Aquí aludimos al concepto filosófico de praxis en un sentido interdisciplinar, entendiendo la experiencia viva como generadora de conocimiento y transformadora de la vida social, así como aplicación de bases teóricas previas pero no inmutables. Las experiencias vividas constituyen una guía importante, aunque nunca única, en el desarrollo de iniciativas para algo mejor que el Derecho penal, conocida aspiración ya expresada por el jurista y Ministro de Justicia alemán, Gustav Radbruch, en la primera mitad del siglo pasado (Carbonell, 2001). En este sentido debe entenderse la propuesta de reinterpretación y reactualización de los principios ilustrados, en busca del bien común, en las condiciones actuales de un siglo XXI en profunda decepción social con lo institucional, con razón o sin ella.

Christie (1977), desde la óptica del “robo del conflicto”, óptica revolucionaria pero inexacta en algunos contextos históricos, subrayó que aplicar de forma extrema los valores ilustrados de la modernidad (división del trabajo, burocracia, eficiencia, mentalidad técnico-científica, desconsideración del pluralismo normativo de los distintos sectores sociales, etcétera), centrándose en la práctica en el control de ciertos grupos sociales, conlleva consecuencias muy negativas en términos de derechos humanos. Es preciso considerar que el sistema jurídico garantista se apoya en la falacia de que la norma se corresponde con la realidad y aunque, siguiendo las tesis ilustradas, se quiere que el Derecho penal sea más *derecho* que *penal*, no se toma conciencia de la grieta creciente entre sus principios teóricos y su aplicación, con afectación de vidas concretas e impacto individual y social (Varona, 2018).

2. UN MOVIMIENTO COMÚN: EL DERECHO INTEGRATIVO

2.1. Origen y significado del movimiento de Derecho integrativo

Como hemos señalado en otros trabajos (Varona, 2019), el Derecho integrativo se nutre, en parte, de la teoría del aprendizaje social –validada por algunas investigaciones neurocientíficas– que subraya que los valores, mo-

tivaciones y técnicas se aprenden en la interacción social. Mirar los conflictos, litigios, victimizaciones o delitos desde el prisma del Derecho integrativo supone contemplarlos como una oportunidad o recurso para mejorar su situación actual y, en todo caso, evitar efectos iatrogénicos de la intervención del propio sistema, lo que puede relacionarse también con una mirada más amplia de salud pública. Un mejor tratamiento de los conflictos, que en el caso de delitos graves entraña sufrimientos profundos y complejos, repercute en el sosiego interior de las personas afectadas que, a su vez, afecta al sosiego en otras relaciones, presentes y futuras. Ese mejor tratamiento puede concretarse en una apreciación de lo que nos une, de la dignidad (Perlin, 2018), autonomía y responsabilidad de cada persona, así como de la capacidad de resiliencia y solidaridad, enfocando las respuestas a los factores protectores y promotores de mayor bienestar individual y social, más que a los factores de riesgo, sin olvidar el horizonte de transformación social.

Las palabras anteriores pueden sonar a idealismo, en choque frontal con la realidad. Sin embargo, el movimiento del Derecho integrativo surge de los propios profesionales del sistema jurídico ante la disonancia cognitiva (Festinger, 1965) y afectiva que produce, en muchos de ellos, una práctica consciente y reflexiva del Derecho o un ejercicio de la jurisdicción que termina revelando contradicciones internas de dicho sistema con un impacto muy negativo en la vida de las personas afectadas.

El movimiento de Derecho integrativo puede relacionarse con las teorías integradoras sobre la delincuencia y la victimización y el modelo ecológico que maneja la Organización Mundial de la Salud en sus informes anuales sobre violencia en la sociedad. Este enfoque fue introducido por vez primera en los años setenta para el estudio del abuso de menores y se extendió más tarde para analizar otros tipos de violencia. En última instancia se trataría de potenciar la prevención a través de modelos integradores ecológicos, es decir, que tienen en cuenta factores individuales, interpersonales, comunitarios y sociales. Según este modelo, se distinguen cuatro grupos de factores –superpuestos en ciertas áreas– que influyen en el comportamiento o que incrementan el riesgo de cometer o ser víctima de violencia:

a) Factores biológicos y de la historia personal del individuo. Aquí nos referimos, por ejemplo, a características demográficas como la edad, la educación y los ingresos; a desórdenes psicológicos o de la personalidad; al abuso de sustancias; y a acontecimientos pasados de violencia o de experiencia de abusos.

b) Factores interpersonales cercanos o de relaciones con personas de los grupos primarios (familia, amigos, compañeros). Por ejemplo, el tener un grupo de amigos que se involucran o fomentan la violencia puede incrementar el riesgo de ser víctima o agresor.

c) Contextos comunitarios (relaciones sociales en los colegios, trabajo y barrios). Aquí se estudia la influencia de factores como la movilidad residencial, la densidad de la población, los niveles de desempleo o la existencia de un abuso extendido de drogas.

d) Factores sociales amplios (disponibilidad de armas y normas sociales y culturales sobre las relaciones familiares y entre hombres y mujeres, la forma de resolver conflictos, el valor de la vida, de la persona frente a la comunidad, el valor de la seguridad pública y la libertad personal, y las condiciones de salud, económicas, educacionales y políticas).

El origen concreto del término *Derecho integrativo* procede de una reunión con abogados celebrada en 2011, en los EE. UU. En 2010 la abogada y ensayista Kim Wright publicó su primer libro, titulado *Abogados como hacedores de paz*, editado por la Asociación de la Abogacía Americana. Kim Wright coincide con la profesora Susan Daicoff (2011) sobre la crisis en las profesiones legales relacionada con tres aspectos: escaso bienestar o satisfacción, mala reputación pública y formas agresivas de actuación.

En opinión de Wright, el Derecho integrativo no supone una reforma o renovación de la práctica del derecho, sino una transformación que implica ir más allá de la aplicación de técnicas o herramientas diferentes, considerando una cultura jurídica o unos valores diversos. Wright destaca cuatro pilares del movimiento de Derecho integrativo:

1) La reflexión de los profesionales respecto de sus motivaciones, objetivos y sobre la condición humana en general, como individuos y sociedad, para trabajar con plenitud y autenticidad¹, en un mejor sistema legal.

2) La orientación de objetivos y valores, asegurando la integridad y una coherencia de valores en su vida personal y profesional. Entre esos valores se mencionan la apertura, la vinculación o la conexión, la transparencia, la responsabilización y la confianza.

3) El pensamiento creativo, con una visión sistémica del mundo entrelazado en los aspectos micro, meso y macro. La complejidad creciente de nuestro mundo obliga a buscar un derecho que se entienda y sea eficiente. La cola-

¹ Sobre el efecto emancipador del autoconocimiento, probado en estudios científicos, y el papel de la meditación, cfr. Harari (2018).

boración es más valiosa y eficaz que la polarización y no hace falta estar de acuerdo para respetarse.

4) La interdisciplinariedad y la vinculación del derecho con la filosofía, la metafísica, la Psicología, así como con otras ciencias y con aspectos relativos a la espiritualidad.

De modo similar, Pauline Tesler (2003), desde la dirección del Instituto de Derecho integrativo², subraya que éste se fundamenta en los resultados de estudios neurocientíficos y de Psicología positiva. Zeiner (2016) se refiere al Derecho integrativo o comprensivo. Siendo difícil de diferenciar en la práctica, el derecho comprensivo se orientaría a reformas concretas para enfoques más humanísticos, sin otorgar tanta relevancia al papel de los juristas y a los principios jurídicos. Otros términos que pueden encontrarse en algunas obras, fundamentalmente en el ámbito anglosajón, son, por ejemplo, el Derecho holístico (Baker, 2018).

Esta idea puede relacionarse con el llamado enfoque de capacidades (Roybens 2017) que se nutre del concepto introducido por Amartya Sen, en 1979, como una “disciplina intelectual que otorga un papel central a la evaluación de la libertad y logros de una persona en términos de su capacidad real para hacer multitud de actividades motivadas por valorar ser o hacer”. Roybens reformula esta idea para preguntarse por lo que las personas son realmente, lo que pueden ser (capacidades), y lo que realmente están obteniendo en el funcionamiento de su vida real en los distintos contextos en que se mueven. En este sentido, este enfoque puede utilizarse para valorar políticas e instituciones públicas. Así, ¿la práctica actual del Derecho penal se centra en las capacidades de las personas o en sus oportunidades para hacer lo que valoran, y ser las personas que desean ser?, ¿tienen las mismas capacidades todas las personas respecto del derecho y del recurso a la justicia penal?, ¿las políticas en este ámbito fomentan las capacidades o tienen otros objetivos o sirven principalmente a los objetivos de unos pocos en la sociedad? El enfoque de capacidades busca ir más allá de la valoración de resultados materiales, así como del concepto de satisfacción como algo meramente psicológico.

En definitiva, en la actualidad el Derecho integrativo subraya que, a pesar de ser una gran conquista jurídica social, el sistema de justicia actual resulta frustrante para sus distintos profesionales y “usuarios” al no integrar las diferentes dimensiones presentes en los asuntos que llegan a los tribunales (Varona, 2018). Ante ello surgen formas innovadoras de justicia que algunos

2 Vid. en <http://integrativelawinstitute.org/>, sin actualización desde 2016.

autores han agrupado bajo la idea del Derecho integrativo, término que no hace referencia a una teoría, sino que se refiere más bien a un movimiento de cambio en el Derecho, respecto de los principios y la cultura jurídica. Se habla de “innovación” para indicar que debe recogerse lo mejor de la tradición garantista de derechos que tenemos y reaccionar de forma adecuada ante disfunciones y victimizaciones secundarias y terciarias, con los ojos y las necesidades del siglo XXI³.

La innovación fundamental se plantea en términos de sistemas más humanistas donde los verdaderos protagonistas sean las personas afectadas, sin privatizar por ello la justicia o degradar las garantías jurídicas. Además, aunque no se solucionen los problemas de fondo, al menos, se pueden contener y no agravar. Para hacer esto es preciso un cambio cultural, un cambio de valores a escala profesional y social. Aquí reside su principal dificultad porque hemos naturalizado la respuesta judicial penal. Responder de otra forma (con otros mecanismos) no significa necesariamente una justicia menor. Todo lo contrario, aunque es más complejo, centrar la respuesta en las necesidades, los derechos, los intereses y los problemas de fondo, puede ser más adecuado y respetuoso en términos, no sólo pragmáticos y de rentabilidad, sino también éticos o de derechos humanos.

Podemos hablar entonces de modalidades innovadoras de justicia (o, si se prefiere, de mecanismos innovadores de justicia) en el sentido de que no siguen los esquemas convencionales de concepción y reacción ante un delito, sino que presentan ciertas alternativas o combinación de elementos, bajo unos valores o prismas algo diferentes, centrados en minimizar el daño y repararlo, con escenarios más participativos y dialogantes, sin olvidar las garantías jurídicas y la necesidad de compromiso o apoyo social. Entre esas modalidades, que iremos analizando a continuación de forma sucesiva y por orden cronológico de aparición (si bien coinciden al final del siglo XX), se encuentran la justicia restaurativa, procedimental, terapéutica y orientada a los problemas, así como el derecho colaborativo. Como veremos, en la práctica, encontramos formas híbridas y engarces entre todas ellas que no viven tanto en el mundo de los opuestos, sino más bien en el de la complementariedad, aunque ello implique el riesgo de desvirtuar su potencial transformador. Habrá que seguir investigando si, introducir algunos cambios, lleva como consecuencia que nada cambie realmente, siguiendo la conocida máxima lampedusiana de la obra *El Gatopardo*.

3 En este apartado recogemos una adaptación de Varona (2018).

2.2. Diferentes formas innovadoras de justicia dentro del Derecho integrativo

2.2.1. Justicia restaurativa

El origen concreto de la justicia restaurativa se sitúa en 1974, cuando un oficial de *probation* en Kitchener (Canadá), ante un caso de vandalismo juvenil contra propiedades de una Iglesia y de ciertos vecinos del barrio, propone un encuentro entre las víctimas afectadas y los menores involucrados. En ese encuentro se reconoce el daño realizado y se ofrece llevar a cabo una serie de actos de reparación. Ello permite, dentro del principio de oportunidad imperante en los sistemas anglosajones, poder archivar el caso. El oficial de *probation* pertenecía a la comunidad menonita, caracterizada por un pacifismo que les lleva a buscar formas alternativas de litigios. Esta idea, expresada en aquel momento y lugar, encajaba muy bien con tres movimientos sociales con impacto jurídico internacional. Por una parte, la tendencia a impulsar, en diferentes ordenamientos jurídicos, formas alternativas de resolución de conflictos o litigios. Este movimiento, conocido por sus siglas en inglés como ADR (*Alternative Dispute Resolution*), buscaba una cierta desjudicialización para permitir una mayor participación de las partes en conflicto, mediante la ayuda de un tercero. Por otra parte, en esa misma época, nos encontramos con la tendencia a reconsiderar la posición de las víctimas en el sistema penal, abogando por un reconocimiento de sus derechos. Ello confluyó con las ideas de participación y reparación de la justicia restaurativa, si bien, en algunos casos, puede no resultar evidente la relación entre los intereses de las víctimas y los principios de la justicia restaurativa. Finalmente, el movimiento de alternativas a la prisión vio en la justicia restaurativa posibilidades interesantes de desarrollo, precisamente por su contraposición con la justicia retributiva.

Los proyectos restaurativos, frente al tono pesimista de aquella época respecto de que nada funciona para evitar la reincidencia, hacer justicia y reparar a las víctimas, surgieron en todo el mundo con expresiones muy diversas, si bien en algunos países se ha dado un mayor desarrollo que en otros. Los programas de justicia restaurativa se aplican, de forma creciente, a un mayor número de casos, incluyendo los graves, en numerosos países. Los resultados son muy positivos en términos de reparación a las víctimas, desistimiento y reinserción (Sherman y Strang, 2007; Vanfraechem y Aertsen, 2010).

La justicia restaurativa no es una panacea porque tiene importantes limi-

taciones, algunas de ellas en sí mismas también fortalezas. Así ocurre con el principio de partida exigido: la voluntariedad. Se trata de una justicia que no puede imponerse, sino sólo facilitarse y ofrecerse a las víctimas, los victimarios y las comunidades cercanas. Además, es una justicia que no es rápida ni productivista, sino más bien sosegada y procedimental. Implica pararse: pararse a escuchar y entender a las víctimas, respetando sus tiempos y sin instrumentalizarlas, traer el pasado al presente para construir un futuro más justo, apoyando una reparación activa del ofensor por parte de una comunidad que también se hace cargo del daño, con sus causas y sus consecuencias.

Como indica uno de los principales teóricos de la justicia restaurativa, Howard Zehr (2002), la justicia restaurativa es un movimiento que atiende a las necesidades y actuación de las víctimas del delito, ofensores y comunidades, de una forma más compleja que el sistema legal clásico, el cual hace responsable a los ofensores estrictamente respecto de la violación de la ley. En esa dirección, en el Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas⁴ se destacan siete características de la justicia restaurativa:

1. Reconocimiento del protagonismo a las partes del delito, que se implican en la gestión de sus consecuencias.
2. Reparación a las víctimas como objetivo primordial, en conexión con la responsabilización.
3. Participación en procesos inclusivos.
4. Comunicación y diálogo entre víctimas, victimario y comunidad.
5. Voluntariedad de las partes acerca de su participación y los posibles acuerdos y compromisos.
6. Implicación de la comunidad en la respuesta a las consecuencias del delito.
7. Relevancia de la entidad (también simbólica) de la reparación y el bienestar de la víctima y la comunidad.

En la justicia restaurativa se rechaza, como principio, la lógica retributiva de compensar “daño con daño” (Vall, 2017). La prioridad no es el castigo sino responder a los intereses legítimos, diversos y cambiantes, de las víctimas, y asegurar que el ofensor sea consciente del daño causado y se comprometa a repararlo, apoyándole para ello, con la ayuda de una persona facilitadora de la comunicación.

No sin dificultades, en el Foro Europeo de Justicia Restaurativa se ha llegado a la siguiente definición de justicia restaurativa: se trata de un enfoque

4 Véase su página web en <https://www.iirp.edu/>

abierto e inclusivo, orientado a reparar, en la medida de lo posible, el daño causado por el delito u otros actos ilícitos, y/o reducir el riesgo de (mayor) daño. Ello se realiza mediante un proceso que involucra a todas las personas afectadas (víctima, infractor y comunidad), llegando a un entendimiento (y acuerdo) sobre la reparación, en que se tienen en cuenta las relaciones entre las personas y las necesidades de justicia (Chapman, 2017), generalmente con ayuda de una persona facilitadora.

Según la definición de las Naciones Unidas (2006)⁵, el proceso restaurativo es aquel proceso donde la víctima y el ofensor, y donde sea apropiado, otras personas y miembros de la comunidad afectados por un delito, participen activamente, juntos, en la resolución de las cuestiones derivadas del mismo, con la ayuda de una persona facilitadora. La justicia restaurativa supone una concepción particular sobre los procesos de criminalización, delincuencia, victimización y control social. Aunque al principio, siguiendo la Recomendación del Consejo de Europa (99) 19 sobre la mediación en materia penal⁶, se utilizaba el término de mediación penal, realmente este término, como señala el Foro Europeo de Justicia Restaurativa, presenta una serie de contradicciones e inexactitudes para referirse a lo que es la justicia restaurativa, algo mucho más amplio y complejo. De hecho, a escala global, incluyendo España, se observa la extensión del término justicia restaurativa superando el de mediación penal. Así ha ocurrido en Bélgica, que adoptó el término procedente de Francia en la década de los noventa y que recientemente ha influido a su vez en la nueva regulación francesa, de 2015, que habla ya de mediación “restaurativa”, buscando las posibilidades de un equilibrio de los derechos, necesidades e intereses en juego tras la comisión de un delito, a escala individual y social.

Por su parte, como norma jurídicamente vinculante, en el artículo 2. 1 d) de la Directiva 2012/29 de la Unión Europea, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos⁷, se describe la justicia reparadora o restaurativa como “cualquier pro-

5 Véase la Resolución del ECOSOC 2002/12 sobre los Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal; y el manual sobre programas de justicia restaurativa publicado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en 2006.

6 En el apartado siguiente aludiremos también a la nueva Recomendación del Consejo de Europa, de 2018, sobre la justicia restaurativa.

7 Transpuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito y su Reglamento de desarrollo del mismo año.

ceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial”.

En todo caso, la justicia restaurativa tiene, como el resto de formas innovadoras de justicia, el reto de un mayor desarrollo teórico del fundamento teórico y práctico de las posibilidades de hacer compatible la ética del cuidado (Masters y Smith, 1998) y la aplicación de la ley o, como explican otros autores (Pemberton, 2015), intentar desagrar o deshacer parte de la injusticia que perdura y hacer justicia de forma general y relacional.

Aunque lo anterior pueda resultar un tanto abstracto o genérico, lo cierto es que, como se ha indicado, la justicia restaurativa aparece ya recogida en textos jurídicos vinculantes, internacionales e internos, y constituye una práctica profesional, en España y en otros países. Ahora bien, los servicios públicos de mediación o justicia restaurativa no cuentan con suficiente infraestructura y personal para poder atender la demanda de programas restaurativos, cada vez más conocidos por la sociedad. Por ello, surgen iniciativas en el ámbito privado, incluyendo el terapéutico y de voluntariado, que pueden trabajar con programas restaurativos al margen de dicho proceso penal.

El techo de cristal de la justicia restaurativa es, sin duda, la cultura jurídica de profesionales y la sociedad, en relación con el entendimiento de su significado. Aunque la mayor parte de instituciones se muestran a favor de la justicia restaurativa, en muchos países como el nuestro no se han invertido los recursos necesarios para asegurar ese entendimiento y una buena coordinación que incluye la confianza interprofesional, más allá de cambios legislativos que no han de encorsetar la flexibilidad propia de estos mecanismos. En todo caso, desbordando el sistema penal, las prácticas restaurativas se extienden actualmente al campo comunitario, educativo, sanitario, empresarial, intercultural, etcétera. Su nexo de unión es la actuación de un facilitador, con una perspectiva participativa de diálogo reparador, ante un posible conflicto de diversa índole y alcance.

2.2.2. Justicia procedimental (*procedural justice*)

La administración de justicia, en muchas ocasiones, resulta deshumanizadora, excesivamente profesionalizada y burocratizada, no tratando siempre de forma adecuada a las personas afectadas por los casos judicializados. Desde la Psicología social, diversas investigaciones empíricas han demostrado

que muchas personas no se sienten bien tratadas por la propia administración de justicia (de la Cuesta y Subijana, 2017). Aunque determinados tribunales pueden denominarse “audiencias” en algunos países, como es el caso de España, se ha perdido la capacidad de escuchar activamente a las personas porque el interés reside principalmente, dentro un sistema con una alta carga de trabajo (en parte protocolario), en decidir en derecho conforme a los hechos probados, algo que, en todo caso, sigue siendo de gran relevancia social.

La justicia procedimental busca introducir cambios en la justicia penal, insertándose en ella. No se trata sólo de que la justicia material no se logra simplemente con la formal, sino que incluso la práctica de la racionalidad formal, necesaria en democracia pero insuficiente sin otros mecanismos, provoca daños. La justicia procedimental comenzó a estudiarse de forma específica en la década de los ochenta por Tyler (Róhl y Machura, 1997), dentro de contextos judiciales y policiales anglosajones. En la justicia procedimental se enfatiza el significado de la justicia como proceso. A las partes les importan los resultados, pero son mejor aceptados si consideran que la decisión tomada se ha realizado con garantía de sus derechos e intereses (entre los que se incluyen el ser escuchados activamente e informados de forma clara de la base de la decisión tomada). Este es el sentido de la expresión: “la decisión se tomó de forma justa”.

La percepción de profesionalidad de la justicia no se limita a los conocimientos técnicos, conlleva también un trato humano respetuoso, expresado en la idea “me trataron justamente”. La percepción de la justicia procedimental o del ejercicio justo de la autoridad genera confianza en las normas, en las instituciones que las interpretan y en sus decisiones. Para los operadores jurídicos supone un esfuerzo de capacitación técnica, concienciación y formación en lo relacional y emocional. En definitiva, la justicia restaurativa implica los elementos de voz, control, respeto y transparencia.

A modo de ejemplo en el orden penal, en términos de desarrollo legislativo, puede afirmarse que la normativa comunitaria ha recogido las principales conclusiones de los estudios sobre justicia procedimental exigiendo a todas las autoridades en contacto con las víctimas un trato empático, individualizado, profesional y no discriminatorio. La justicia procedimental, por tanto, se inserta tanto en el contexto adversarial clásico de la justicia penal convencional, con base en la Directiva 29/2012 de derechos de las víctimas, como de otras formas innovadoras de justicia. La pregunta es si realmente las víctimas y las personas investigadas pueden tener voz y control en un contexto

adversarial. Para algunos autores esto sólo puede conseguirse de forma más satisfactoria en escenarios de derecho colaborativo, justicia restaurativa, terapéutica u orientada a los problemas, donde los mecanismos son otros y se permite una mayor y más flexible participación de las personas afectadas, ampliando la mirada hacia una justicia interaccional, con un trato respetuoso, sensible, profesional, individualizado y no discriminatorio, tal y como se exige en nuestro ordenamiento en el Estatuto de la Víctima.

2.2.3. Justicia terapéutica (*therapeutical jurisprudence*) y orientada a los problemas

El término *therapeutical jurisprudence* procede del profesor de la Universidad de Arizona, David Wexler, en colaboración con Bruce Winick, profesor de la Universidad de Miami. Ambos publicaron en 1991 una obra titulada *Essays in Therapeutic Jurisprudence*. En la actualidad existen diversas asociaciones sobre este tipo de justicia, incluyendo la Asociación Iberoamericana⁸.

El Derecho sustantivo y procesal impacta en la salud, la economía y las capacidades, a escala individual, familiar, relacional y pública. Para algunos autores (Yamadas 2018), la justicia terapéutica puede orientar no sólo prácticas sino políticas públicas, ampliando los criterios de evaluación. La justicia terapéutica supone una perspectiva psicológica y pedagógica sobre el impacto del Derecho sustantivo y procesal en el equilibrio mental y la salud de las personas. En la justicia terapéutica se incide en la necesidad de no agravar los problemas existentes (mentales, emocionales, de salud, adictivos, relacionales, de pobreza...). La intervención judicial debe tratar de reducirlos o contenerlos mediante una perspectiva integrada, con un enfoque no adversarial, sino participativo a la hora de definir los problemas de fondo y su tratamiento o respuesta, cuestión que forma parte del interés público en la prevención.

Como en la justicia procedimental y orientada a los problemas, aquí la figura de la persona mediadora o facilitadora no es necesaria, sino que, parte de su papel, recae en el propio juez. Si este enfoque se desarrolla, no por el juez, sino por los letrados de las partes, esta justicia se correspondería con el llamado derecho colaborativo, según se analizará posteriormente. En la justicia terapéutica los protagonistas son las partes afectadas, los profesionales que pueden intervenir y el juez que actúa con una orientación de salud pública. Por este mismo motivo, la justicia terapéutica ha sido criticada desde

8 Vid. <http://justiciaterapeutica.jimdo.com/> Cfr. Pillado (2014).

diversos frentes, entre ellos el de las garantías constitucionales en el sistema de la *Commonwealth* respecto de la exigencia de un juez imparcial.

La aplicación de los principios de la justicia terapéutica se ha desarrollado fundamentalmente en el ámbito anglosajón en los denominados tribunales orientados a los problemas (de fondo), según se representan en el siguiente gráfico.

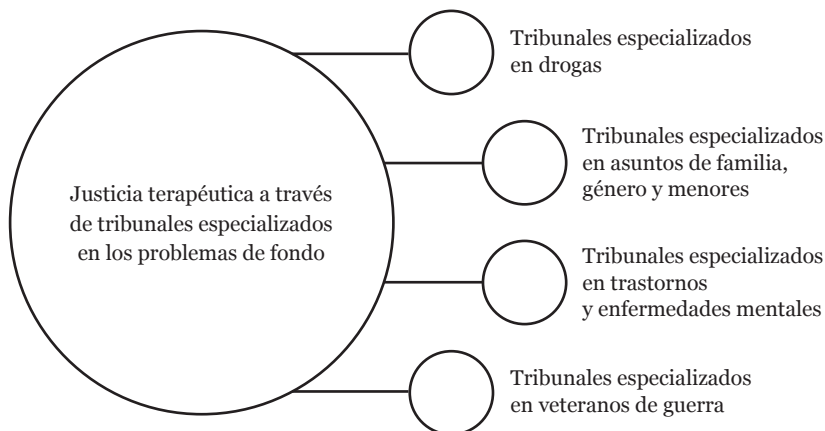


Ilustración 1: Tribunales especializados con enfoque de justicia orientada a los problemas. Fuente: Varona (2018)

Por justicia orientada a los problemas (o de solución de problemas) queremos aludir a la aplicación de los principios de la justicia terapéutica, concentrados en la idea de que el Derecho sustantivo y procesal –aplicado a personas con problemas de fondo– impacten lo más positivamente posible en su salud, a través de tribunales especializados o específicos (tribunales de tratamiento de adicciones, enfermedades mentales, de violencia doméstica, familiar, de género, de veteranos de guerra, personas sin hogar, etcétera), desarrollados fundamentalmente en los EE. UU. en la década de los dos mil⁹ y que se han extendido a otros países anglosajones¹⁰.

La justicia orientada a los problemas incluye un enfoque no adversarial que les permite más voz y consideración de las partes en conflicto, en situaciones donde, además, puede existir un vínculo previo entre ellas, estando

9 Véase, sobre los EE. UU., el portal gubernamental www.ncsc.org/Topics/Problem-Solving-Courts.aspx

10 En marzo de 2019, organizada por la Dirección de Justicia del Gobierno Vasco, la experta estadounidense Kim Wright ofreció una formación sobre tribunales de resolución de problemas y su posible adaptación al contexto vasco.

interesadas en la resolución de los problemas de fondo, generalmente continuados o crónicos, por su interés en la no repetición de los hechos.

El objetivo de la justicia orientada a los problemas o de solución de problemas es crear espacios judiciales especializados cuyo objetivo es resolver las cuestiones personales e interpersonales que están detrás de los problemas relacionados con la administración de justicia. El juez sigue juzgando pero con una perspectiva interdisciplinar, interprofesional, relacional y de largo plazo, en cooperación con otros servicios. Se emplea la autoridad judicial para atender a los problemas subyacentes de las partes en conflicto, así como a los problemas estructurales de la administración de justicia y a los problemas sociales de la comunidad. Por tanto, también se relaciona, pero es diferente, con el derecho colaborativo, más desarrollado a escala de los letrados/as (y otros profesionales colaborativos) y con un enfoque tal vez más preventivo. Esto es así porque, en el derecho colaborativo, los letrados pueden intervenir antes y de forma más flexible que el juez, si bien éste cuenta con la autoridad para poder hacer un mejor seguimiento.

Sin esta denominación concreta (“tribunales orientados o de solución de problemas” -*problem oriented/solving courts*-) también podemos pensar en los diferentes tribunales especializados existentes en países como España u otros, en razón del tipo de hecho juzgado o del tipo de víctimas (juzgados de familia, de menores, de violencia de género, etcétera), aunque en la práctica no tienen ese enfoque integrado de resolución de problemas ni esa vocación de cambio radical en el papel de los propios jueces para lo que se necesitan procedimientos específicos que lo permitan.

Precisamente aquí reside también la crítica hacia estos tribunales orientados a los problemas (Traguetto y de Aquino, 2019). Generalmente su éxito, como en la justicia restaurativa, se mide en términos de coste, reincidencia o satisfacción de las partes, pero persiste la preocupación de que su actividad pueda rozar con los principios de legalidad e igualdad, así como con las garantías de las partes. El papel “terapéutico” de los jueces no queda muy claro y puede suponer una forma oculta de coerción para el sometimiento a un tratamiento que no respete las garantías jurídicas o, en todo caso, se disfraze presentándose como participación y enfoque integrado, cuando no lo es. Para poder llegar a estas conclusiones son necesarias evaluaciones externas, a medio y largo plazo, sobre la actividad de cada tribunal específico. En general, los resultados hasta el momento permiten apoyar el desarrollo de la justicia orientada a los problemas, si bien siempre con una mirada crítica para apre-

ciar la distancia entre su definición y su aplicación e impacto efectivo sobre las personas y sistemas a los que se dirige.

2.2.4. Derecho colaborativo

Consideramos aquí el Derecho colaborativo, por sus implicaciones de cambio cultural, como una modalidad innovadora de justicia y no sólo de la práctica de la abogacía en diferentes órdenes jurisdiccionales, más allá del penal. Además, nos detendremos en él para apreciar cómo ciertos términos procedentes de la Psicología y otras disciplinas terapéuticas se han introducido en el mismo, en lo que podría considerarse como una adaptación de la justicia terapéutica al papel de los abogados.

La práctica colaborativa fue descrita por primera vez en los noventa por un abogado de familia de Minesota, llamado Stu Webb (2000). En 2007 se creó en Nueva York el primer centro de Derecho colaborativo de familia vinculado a los juzgados. En 2010 la Conferencia Nacional de Comisionados de Uniformización de Legislación Estatal (*National Conference of Commissioners of Uniform State Laws*) dictaron una ley respecto de los principios del Derecho colaborativo¹¹.

Webb (2008) define de forma muy sencilla el Derecho colaborativo como un método de practicar el derecho en el que el/la abogado/a ayuda a sus clientes a resolver el conflicto y llegar a acuerdos utilizando estrategias colaborativas en lugar de adversariales. En todo caso, veremos cómo la literatura existente señala, desde su origen, sus potencialidades y peligros (Lande 2005).

La Academia Internacional de Profesionales Colaborativos¹² comenzó sus actividades en 1999 con 30 miembros y, en la actualidad, cuenta con más de 5.000 en veinticuatro países. Desde los años noventa, en los Estados Unidos y otros países anglosajones, se han desarrollado grupos de práctica locales, así como cursos y formaciones generales y especializadas –también en Facultades de Derecho-, códigos éticos, asociaciones profesionales, páginas web, artículos y libros, haciéndose más visible en la sociedad el Derecho colabo-

11 Vid. en <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=fdd1de2f-baea-42d3-bc16-a33d74438eaf>

12 En su página web se indica que su misión es “transformar la manera en que las familias resuelven los conflictos construyendo una comunidad global de profesionales de práctica colaborativa y resolución consensual de disputas”. Cfr. <https://www.collaborativepractice.com/about-iacp>

rativo (Lande, 2007). Texas fue el primer estado en regularlo, en septiembre de 2001, en el ámbito del derecho de familia (Spain, 2004). Una de las justificaciones para dicha regulación fue poder hacer compatible la práctica del Derecho colaborativo con los plazos y procedimientos procesales establecidos. En esa regulación se subrayan los principios de voluntariedad, negociación cooperativa, compromiso hacia el diálogo y el acuerdo, colaboración, interdisciplinariedad, comunicación directa, transparencia y centralidad de las relaciones e intereses. Estos valores se entienden de otra manera al tradicional modelo de litigar, ofreciendo los profesionales un acompañamiento (jurídico) individualizado en un ambiente colaborativo (Spain, 2004)¹³. Frente a un contexto judicial polarizador, con efectos adversos para los clientes y sus familias, se busca el fondo de intereses comunes, valorando las diferentes alternativas para lograrlos.

Sobre la deontología colaborativa se defiende que es diferente de la tradicional en ciertos aspectos ya que los principios de partida, con los valores mencionados, son diferentes, dentro de un paradigma no adversarial, lo que justificaría un código deontológico propio (Spain, 2004; Macfarlane, 2004). Entre los aspectos éticos de la práctica de Derecho colaborativo se destaca la valoración de su acceso en relación con la consideración de la adecuación del caso, del cliente y del propio profesional colaborativo que debe tener las competencias necesarias para poder abordar cada caso concreto. Además, se debe considerar qué elementos justifican ofrecer una práctica colaborativa en lugar de otra modalidad de ADR como, por ejemplo, la mediación. Otros aspectos a considerar son el ámbito de la representación; el consentimiento informado del cliente sobre el proceso y los posibles resultados, así como sobre su papel y responsabilidades; el respeto de los intereses del cliente; la confidencialidad; y otros posibles conflictos de intereses (Fairman, 2005).

En relación con el Derecho colaborativo, se habla del marco de la abogacía “centrada en las relaciones”, definida por las competencias del profesional en el entendimiento de las teorías sobre el posicionamiento de las personas dentro de su contexto; el desarrollo de la justicia procedimental; y la apreciación de cuestiones interpersonales, culturales y emocionales. En definitiva, se reconoce que los/as abogados/as son verdaderos profesionales de la comunicación y deben estar capacitados para crear un espacio seguro para el diálo-

13 De hecho, generalmente los abogados firman un compromiso de no representación jurídica en caso de que se termine litigando, lo cual se relaciona con el principio de confidencialidad y los posibles conflictos de intereses (Spain, 2004).

go genuino y el aprendizaje; reconociendo el valor de cada persona para ser vista y escuchada; fomentando la plena presencia y autenticidad; cuidando la resiliencia, mediante el coraje y la compasión o empatía¹⁴ y favoreciendo la conexión; compartiendo y escuchando relatos; centrándose en las fortalezas; y dejando un espacio para la alegría y la gratitud, así como para la reflexión y la serenidad.

En cierta manera, el profesional del Derecho colaborativo se convierte en un acompañante¹⁵, partiendo de las necesidades e intereses de las personas en conflicto (Planella, 2008), apartando formas jerárquicas y dependientes. Al final, el Derecho colaborativo podría favorecer el encuentro, a veces sorpresivo, entre las aspiraciones profesionales de prácticas no tan confrontativas y la búsqueda de prácticas relevantes respecto de dichas aspiraciones (Leering, 2017).

Algunos autores diferencian el Derecho colaborativo del cooperativo en cuanto que en éste último los/as abogados/as no tienen que retirarse del asesoramiento a su cliente si no se llega a un acuerdo y se va a juicio. Para Wong (2018) existen diferentes modelos de práctica colaborativa en virtud de quienes y como se involucren en dicha práctica que, en todo caso, busca que los tribunales sean el último recurso. Entre esos modelos se encuentra los siguientes:

a) El que supone la participación únicamente de dos miembros colaborativos de la abogacía, cada uno representando a cada parte en conflicto (*lawyer-only model*).

b) El que implica un equipo multidisciplinar cuya composición variará según el conflicto en cuestión¹⁶, pudiendo estar presentes no sólo profesionales del derecho sino mediadores, psicoterapeutas, trabajadores sociales, financieros, médicos, etcétera (*team model*) (Pruett et al. 2018; Retsinas y Zumpano 2018).

c) Modelos híbridos donde se recurre a la intervención puntual de otros profesionales (*referral model*).

14 Sobre la empatía en la profesiones jurídicas, siempre considerando la interrelación entre aspectos cognitivos y afectivos en relación con prácticas éticas y más eficientes, cfr. Westaby y Jones (2017).

15 Mosten, Macfarlane y Scully (2018) proponen el concepto de “*coaching* jurídico”.

16 Según diversas encuestas de la Academia Internacional de Profesionales Colaborativos (IACP, por sus siglas en inglés), la inmensa mayoría de casos en que se desarrollaron prácticas colaborativas, entre 2006 y 2010, se referían a divorcios, teniendo la inmensa mayoría menores involucrados en ellos.

En principio, deberían ser los clientes los que tendrían más voz en la decisión sobre la elección del modelo, en coherencia con los principios de autonomía y flexibilidad o adecuación del Derecho colaborativo, aunque la cultura jurídica de cada contexto influiría decisivamente (Wong 2018). Concretamente, según el autor citado junto con otros estudiosos (Gamache, 2005), las prácticas colaborativas en divorcios¹⁷ suponen una plataforma más adecuada para respetar la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos de la Infancia, tanto en términos de búsqueda del mejor interés del menor como en participación y corresponsabilidad. En este sentido, el Derecho colaborativo como proceso multidisciplinar permite el trabajo conjunto con expertos financieros, de salud mental y educativos. Esta opción por el modelo en equipo hace que, en ocasiones, se prefiera el término “*práctica colaborativa*” antes que “*Derecho colaborativo*”.

En contraste con otras modalidades de ADR como la mediación¹⁸, el Derecho colaborativo busca proporcionar un mejor asesoramiento legal al cliente, con un mayor compromiso hacia el acuerdo (Marcfarlane, 2004), si bien puede restar en la práctica el protagonismo de aquél en la resolución de sus propios conflictos (efecto negativo que también puede producirse por la intervención de un mediador con un enfoque predominantemente jurídico). Recordemos que una crítica presente en el Derecho colaborativo es la coherencia práctica con sus principios teóricos frente a la posibilidad de ser una mera estrategia de recuperar el control de la gestión de los conflictos que requieren elementos de comunicación más allá de lo jurídico para trascender la llamada “cultura de liti-mediación”¹⁹, en términos de Lande (1997) (Spain, 2004).

Finalmente, cabe señalar que las posibilidades del Derecho colaborativo en diferentes campos son de gran diversidad. Así, una de las aplicaciones de la práctica colaborativa se encuentra en los llamados contratos conscientes, aplicables al ámbito familiar (derecho matrimonial), pactos sucesorios, de

17 Vid. Mosten (2009) y, en nuestro país, Lauroba (2018), Arnáiz (2018) y Llona (2017). Sobre su adecuación, en prácticas mixtas, en casos con violencia de género y doméstica, vid. Stylianou y Ebright (2018), incluyendo, en su caso, conferencias familiares (de Roo y Jagtenberg 2018). Cfr. Pollack y Peskin-Shepherd (2018).

18 Si bien algunos autores proponen formas híbridas entre la mediación y el Derecho colaborativo, cfr. Langan (2011) y Hoffman (2007).

19 Con este término se describe un contexto jurídico en que la mediación se incorpora de forma rutinaria en el modelo adversarial, de forma que la mediación se acepta en tanto en cuanto sirva a ese modelo.

alquileres (en particular con personas refugiadas), empresarial y de contratación, entre otros. Según la información proporcionada en el IV Congreso de la Asociación de Derecho Colaborativo de Euskadi, celebrado el 9 y 10 de noviembre de 2018, y titulado “*Reinventando los acuerdos*”, los contratos conscientes suponen una forma innovadora de gestión de conflictos, previendo cláusulas que no se centran tanto en la previsión de incumplimientos y sus responsabilidades, lo cual genera desconfianza desde el inicio. En la contratación consciente “las partes han de establecer sus expectativas en primer lugar; dando a conocer a la otra parte sus intereses y objetivos. A través de la transparencia y el conocimiento mutuo, las partes serán capaces de acordar y consensuar el objeto del contrato. Al mismo tiempo, las partes tendrán que prevenir las posibles diferencias y conflictos”, diseñando y negociando cómo se querrán solucionar, conforme a sus objetivos y expectativas (misión, visión, valores, restricciones e imperativos), descubriendo sus puntos de consenso, en su caso, mediante la aplicación de técnicas de gestión y comunicación novedosas como el *Design Thinking*²⁰.

3. LO TERAPÉUTICO FRENTE A LO TRANSFORMADOR: MÁS ALLÁ DE LA CRÍTICA ACTUAL SOBRE LA DERIVA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

En este epígrafe nos centraremos en el contraste, en forma de crítica creciente, entre el principio reparador integral como promesa de la justicia restaurativa, primera modalidad en el tiempo de justicia innovadora, y el principio terapéutico propio de la justicia procedimental, terapéutica y los tribunales orientados a la solución de problemas, así como del Derecho colaborativo.

Como se ha indicado en un apartado anterior, la justicia restaurativa no es un mero mecanismo de resolución de litigios, sino que implica una forma de abordar la criminalidad y la victimización de forma diversa a la justicia clásica, entendida ésta como la resultante del surgimiento del Estado contemporáneo. Ese Estado, con influencia de los principios ilustrados aplicados al Derecho penal, invoca el monopolio del *ius puniendi* o derecho a castigar, re-

²⁰ Basado en ideas desarrolladas en el Instituto de Diseño de Stanford, el proceso de *Design Thinking* suele definirse a través de cinco términos, en una secuencia sucesiva: Empatiza (con las personas afectadas por el proceso o decisión)-Define-Idea-Prototipa-Testea/Evalúa.

conociendo una serie de derechos a la persona detenida, investigada y, en su caso, condenada finalmente. Con la llegada de las reclamaciones de un mejor Derecho penal también para las víctimas, sus derechos e intereses (Holder, 2018) también han sido regulados, no sin cierta polémica.

La crítica centrada en la terapeutización de la justicia, cuando se enfoca respecto de la justicia restaurativa, se centra no tanto en la idea de los derechos frente al concepto de necesidades, sino del carácter transformador de sus prácticas y programas. La crítica se expresa de la siguiente manera: “En lugar de cuestionar la ideología de los profesionales del tratamiento, el movimiento contemporáneo de justicia restaurativa ha proporcionado a la ideología del tratamiento una nueva salida” (Johnstone 2019, 405), incluyendo ahora el tratamiento a las víctimas. Según el autor citado, más que un nuevo paradigma, la justicia restaurativa ha terminado siendo en algunos países la continuación de la tradición terapéutica del sistema penal (Walklate, 2016), ya presente en sus orígenes en el siglo XIX y cuestionada en las décadas de los sesenta y setenta, particularmente en el ámbito anglosajón. Para Johnstone (2019), la justicia restaurativa se encuentra hoy en la encrucijada de desarrollarse alrededor del punto de vista de una “justicia sanadora” o renovar los esfuerzos para cuestionar el sistema penal. No obstante, recalca que la mayor parte de los teóricos y prácticos de la justicia restaurativa no parecen ser conscientes de dicha situación y, de forma incongruente, adoptan un punto de vista de sanación –que se corresponde con lenguajes y perspectivas fuertemente profesionalizados, con escasa interdisciplinariedad-, al mismo tiempo que proclaman que la justicia restaurativa convierte en protagonistas a las personas en conflicto y tiene en cuenta de forma integral las distintas relaciones dañadas. No obstante, según Johnstone (2019), esa contradicción puede salvarse considerando el avance de miradas terapéuticas innovadoras de finales del siglo XX, con asunciones y objetivos paralelos a la justicia restaurativa, aunque sin abandonar una mirada crítica como la propuesta por Furedi (2004), quien advierte de formas de control social excluyente también a través de lo terapéutico.

Desde nuestro punto de vista para reflexionar sobre este dilema, puede argumentarse que el Derecho colaborativo, como la justicia restaurativa, puede ser terapia pero, para no perder su carácter cuestionador, debería ser siempre y ante todo derecho y justicia, como un interés demandado por las partes afectadas. Una crítica a cómo funciona el derecho actual no debe hacernos perder de vista las necesidades e intereses de justicia de las personas afecta-

das por un conflicto o delito, conscientes de la realidad de que el concepto de justicia (y su experiencia) se compone de estratos porosos.

Por tanto, toda forma innovadora de justicia en el siglo XXI, para serlo realmente, habrá de considerarse de forma multidimensional y preguntarse si estamos ante mecanismos más participativos o de carácter paternalista como forma de control social subliminal porque la cultura jurídica de la sociedad, del propio sistema y de sus operadores jurídicos no ha cambiado siguiendo la línea propuesta por Susan Daicoff (2003) de un Derecho integrativo o comprensivo de lo jurídico, social y psicológico. Una de las claves, por tanto, reside en acertar con los espacios de valoración del impacto innovador.

Debe reconocerse que es un mito pensar que las respuestas a las víctimas, ofensores y comunidad se deben ceñir a su reparación y terapia (Varona, Francés y Zuloaga, 2019). Centrándonos en las víctimas, sin negar la relevancia de los tratamientos terapéuticos, el hecho de definir la condición de víctima por un concepto de trauma reducido a lo psicológico, hace que se olvide con mayor facilidad las implicaciones sociales, económicas y culturales de todo proceso de victimización, al centrarse en los síntomas y en lo individual, cayendo, incluso, en el riesgo de tratar a la víctima como un ser con una patología que le hace diferente en esencia a los demás (como se pensaba también tradicionalmente del delincuente). Asimismo, en línea con la crítica general de Foucault, se pone de relieve que las profesiones de los expertos médicos (o jurídicos) tienden a legitimarse mediante la creación de lenguajes técnicos y clasificaciones que, por un lado, permiten un análisis detallado pero miope de la realidad, y, por otro, tienden a operar mecánicamente siguiendo protocolos estandarizados que no consideran aspectos individuales, contextuales o culturales.

En todo caso, los estudios victimológicos subrayan que la mayor parte de las víctimas, incluso en delitos graves, no requieren ayuda psicológica, aunque sí solidaridad, y que sus capacidades de adaptación y resiliencia son mayores de lo que suele imaginarse. Independientemente de esa necesidad, se pasa por alto que las víctimas tienen también derechos, incluyendo el de atención y apoyo, que pueden inscribirse dentro del concepto de derechos humanos.

En la amplia bibliografía sobre los derechos humanos en la administración de justicia penal predomina la visión de que sus principales titulares son las personas investigadas y condenadas. Esta idea procede de una de las grandes conquistas del Derecho penal ilustrado y debe actualizarse porque el punitivismo imperante pone en riesgo esas garantías frente al *ius puniendi* estatal.

Al mismo tiempo, debe buscarse una visión más realista e integrada, y menos esencialista, de los derechos humanos de personas que pueden encontrarse en el sistema penal como víctimas y/o acusados.

La afirmación de que las víctimas tienen derechos en la justicia penal es algo muy reciente sobre lo que se ha legislado, en forma de catálogo o lista de derechos, a través de la ya mencionada Directiva 29/2012/UE. Estos derechos, también anteriormente aludidos, comprenden el derecho a la información, apoyo, justicia, reparación y trato respetuoso, individualizado, profesional y no discriminatorio. Sin embargo, investigaciones recientes demuestran que un mayor reconocimiento jurídico de estos derechos no conlleva automáticamente una mejora en la situación de las víctimas y que, recordando la cláusula del Estatuto español, podemos estar ante un mero Derecho penal simbólico. No sólo es que no se invierta económicamente para asegurar la correcta aplicación de estos derechos, sino que no se fomenta un cambio en las culturas penales y de los profesionales jurídicos para ver a las víctimas, no de forma instrumental y secundaria a la aplicación de las normas, sino como seres humanos, de carne y hueso, a quienes afectan las decisiones de los expertos, sin llegar a comprenderlas en muchas ocasiones. Esto recuerda la frase de que la operación ha salido bien, pero el paciente ha fallecido. Esta frase, como artefacto cultural, es producto de una tendencia en el ámbito victimológico de terapeutización de los derechos de las víctimas. Respondería a la idea monolítica de que las necesidades de las víctimas son fundamentalmente terapéuticas. “Todo para las víctimas sin las víctimas”, la víctima ideal es la que no resulta incómoda a los políticos y simplemente se la envía a tratamiento, como una respuesta individual.

Frente a las críticas específicas mencionadas de terapeutización de la justicia penal y, en particular, de la justicia restaurativa, obviamente, estas críticas serían aún mayores en la llamada justicia terapéutica, con sus expresiones en los tribunales orientados a los problemas y en la práctica del Derecho colaborativo. Frente a este riesgo evidente, estas formas innovadoras de justicia tienen el potencial de ofrecer una visión de salud mucho más allá de lo psicológico e individual.

Se pueden poner en relación las ideas anteriores con la *Recomendación CM/Rec(2018)8 del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa en el ámbito penal*, aplicable al ámbito de adultos y menores, adoptada el 3 de octubre de 2018 (Tamarit, 2018). Aunque no sea jurídicamente vinculante, constituye la expresión más reciente de los están-

dares internacionales en esta materia. Un análisis pormenorizado de la misma nos hace concluir, como veremos a continuación, que, al menos a nivel programático, el texto no refleja esa tendencia hacia una excesiva terapéutica. Junto con la mención a las necesidades de las partes, se recoge siempre la mención a sus derechos. Además, esta Recomendación integra también parte de la investigación y práctica sobre la justicia terapéutica subrayando la porosidad entre ambas, con un lenguaje, según se recogerá en citas textuales, que combina las ideas jurídicas, con las de bienestar y salud, así como de carácter transformador social.

La Recomendación parte de una observación del “creciente interés por la justicia restaurativa en los Estados miembros”, “reconociendo las posibles ventajas de aplicar la justicia restaurativa con respecto a los sistemas judiciales penales”, una afirmación basada en “el creciente número de resultados de investigaciones que demuestran la eficacia de la justicia restaurativa” en la recuperación de la víctima, el desistimiento del delincuente y la satisfacción de los participantes. En dicha Recomendación se define la justicia restaurativa como proceso, complementario o alternativo, de resolución de problemas caracterizado por ser flexible, receptivo y participativo. Esa receptividad y participación se basa en su adecuación para “identificar y satisfacer las necesidades e intereses de dichas partes de manera equilibrada, justa y en un clima de colaboración”, de forma más “constructiva” y relacional, dentro de la propia justicia penal.

En conexión con los principios de adecuación del proceso restaurativo a cada caso, la Recomendación se refiere a su finalidad de impulsar la “máxima eficacia en el proceso de satisfacción de las necesidades de los participantes”. Asimismo tiene como finalidad “animar a que las autoridades judiciales y los organismos de justicia restaurativa y justicia penal desarrollen modelos restaurativos innovadores – que puedan quedar fuera del procedimiento penal”. Entre las modalidades referidas se encuentra no sólo la mediación sino las “conferencias restaurativas, conferencias con la familia, círculos de sentencia o círculos de pacificación, entre otros”.

Bajo la premisa de facilitar el acceso, se dice expresamente que “los servicios de justicia restaurativa deben ser lo más inclusivos posible” y se “debe aplicar cierta flexibilidad para que pueda participar el mayor número de personas posible”. Así las remisiones a la justicia restaurativa pueden ser realizadas por organismos de justicia penal y autoridades judiciales o pueden ser solicitadas por las mismas partes en cualquier fase del proceso penal, recor-

dando la obligación pública de facilitar la información para ello. Asimismo, se destaca que la justicia restaurativa “debe ser un servicio de interés general. El tipo, gravedad o ubicación geográfica del delito no deben, por sí mismos, y a falta de otras consideraciones, impedir que se ofrezca justicia restaurativa a las víctimas y los delincuentes”. Ahora bien, “la justicia restaurativa no se aplicará con aquellas personas que no son capaces, por cualquier motivo, de entender el significado del proceso”. Esta expresión tan general podría interpretarse en sentido extensivo para denegar el acceso a personas con problemas mentales, aunque los estudios empíricos han probado sus beneficios (Capri, 2019), siempre con procesos *ad hoc* y personas cualificadas de apoyo (algo que menciona la propia Recomendación al hablar de posibles “vulnerabilidades” de las partes). La misma Recomendación se refiere a que la decisión de remisión del expediente, en caso de duda, debe tomarse consultando con los servicios de justicia restaurativa y las propias partes.

Entre los principios más relevantes de la justicia restaurativa se nombran los siguientes: participación voluntaria; reparación del daño; confidencialidad; diálogo deliberativo y respetuoso; igual preocupación por las necesidades y los intereses de las partes implicadas; equidad procesal; acuerdo colectivo y basado en el consenso; orientación hacia la reparación, reinserción y el logro de un entendimiento mutuo; así como evitación de dominación.

Muestra de la porosidad entre las modalidades innovadoras de justicia a las que nos hemos referido en el primer apartado tras la introducción, la Recomendación también fomenta la aplicación de los principios básicos de la justicia restaurativa en programas muy diversos como las comunidades terapéuticas, los cursos de sensibilización sobre las víctimas, de educación para la persona condenada o investigada o los tribunales de resolución de problemas.

Esos mismos principios, con una óptica de cultura restaurativa, también pueden aplicarse, según la Recomendación, dentro de las organizaciones (policiales, judiciales, penitenciarias, etcétera) que componen el sistema penal para ayudar a “generar confianza, respeto y capital social entre estos grupos o dentro de ellos”. A nadie se le escapa que una cultura de este tipo supone una verdadera revolución dentro de las profesiones jurídicas o de los diversos operadores jurídicos para la que muchos no están preparados o dispuestos ya que implica una interpelación sobre su propio papel y protagonismo en relación con su función de servicio público en el siglo XXI.

4. HACIA UN DERECHO REFLEXIVO COMO MARCO DE DESARROLLO DE FORMAS COMPLEMENTARIAS Y CUESTIONADORAS DE JUSTICIA

Un enfoque de salud pública e interdisciplinar (no sólo médico o psicológico) es preciso para salvar la crítica anterior que reduce la justicia a terapia. A pesar de las dificultades, y ante el escepticismo de la sociedad y los propios compañeros de profesión, se impone el realismo de que, en ocasiones, otras vías son posibles, en interés de las personas afectadas, los profesionales y la comunidad cercana, para no agravar los conflictos e incluso darles una respuesta más adecuada en términos de acuerdo y prevención de victimizaciones futuras. Precisamente esa posibilidad de adecuación (Burford, Braithwaite y Braithwaite, 2019), que termina ahorrando costes materiales y personales, debe tomarse como indicador de calidad de la administración de justicia (Soletto, 2017).

En este reto se perciben las tensiones entre una sociedad individualista y el anhelo de considerar al ser humano en sus aspectos relacionales, recordando el último libro de Nuccio Ordine (*Un uomo non è un isola*). La manera de entender el Derecho actualmente parte de una realidad incompleta y termina justificando ese entendimiento. Por ello se demanda un cambio cultural con formas de pensar que permitan la posibilidad de prácticas más colaborativas, con modos diferentes de entender lo público y lo privado, el conflicto, el sujeto y la racionalidad, entre otras cuestiones. Finalmente, necesitamos cambios institucionales para poder interiorizar prácticas distintas en nuestro entorno (Lapuente, 2015).

Frente a la juridificación y judicialización de la vida social (Teubner, 1983), las formas innovadoras de justicia surgidas a finales del siglo XX no proponen desregulación o mera terapia, sino la pluralidad para garantizar la adecuación individualizada de la respuesta en cada caso, considerando que dicha adecuación no puede definirse sólo por parte de los profesionales del derecho sin incorporar un verdadero protagonismo y responsabilización de las partes y de otros agentes.

Frente a la unicidad de un modelo estandarizado que responde a la racionalidad formal, heredero del siglo XIX, aplicada por profesionales del derecho con un razonamiento jurídico al uso, los cambios sociales producidos en el siglo XX y a comienzos del XXI demandan, aún más, un derecho material (*substantial*) donde se persiga la apertura hacia formas diversas de resolu-

ción de conflictos, dentro de un marco garantista general que impida reforzar asimetrías de poder. Dentro del trabajo clásico de Sociología jurídica de Nonet y Selznick (1978), el derecho adaptativo (*responsive law*) sería la consecuencia de la crisis del formalismo jurídico, incluyendo elementos participativos y orientativos sobre los objetivos o resultados de las normas. Por su parte, Teubner (1983), en una reinterpretación de las teorías neo-evolutivas del cambio en el derecho²¹ y de las profesiones jurídicas, propone un derecho reflexivo, aunando aspectos internos de la teoría de Nonet y Selznick con aspectos externos o macrosociales de las perspectivas funcionalistas de Luhmann y de teoría crítica de Habermas. Para Teubner (1983), en la evolución del derecho actual se percibe la demanda de racionalidad formal, junto con una racionalidad sustantiva y reflexiva considerando la complejidad de los diferentes contextos sociales. Siendo un sistema particular con cierta autonomía y autorreferencia, el sistema jurídico no es un sistema cerrado, ajeno a los cambios económicos y socio-culturales. Las necesidades sociales actuales son filtradas en el sistema jurídico que responde a ellas desde su propia lógica, con construcciones normativas de la nueva realidad social.

El derecho reflexivo que propone Teubner para describir los cambios actuales en el mundo jurídico podría interpretarse como una forma de respuesta a la necesidad de una “autonomía regulada” de las partes en conflicto, con prácticas integradoras de aspectos de diferentes subsistemas sociales. En el derecho reflexivo, frente al derecho formal, se permiten, prácticas distintas dentro de un marco general, sin asumir que la única práctica adecuada es la estandarizada. Frente al derecho material o sustantivo, el derecho reflexivo también tiene una apertura respecto de los resultados deseables posibles. El derecho reflexivo requerirá estructuras institucionales y normativas diferentes, junto con modelos cognitivos de la realidad diferentes a los del derecho formal o sustantivo. La legitimación del derecho reflexivo es la regulación de formas de cooperación social, con una mirada relacional. En todo caso, es preciso desarrollar conceptos nuevos dentro del pensamiento jurídico, el cual también está sujeto a sus propias inercias.

Siguiendo a Sourdin y Zariski (2018), el juez “receptivo” (*responsive judging*) reconoce que el derecho no es un campo autónomo de actividad al que hay que responder sólo con sus propias normas, sino una práctica semi-autónoma inmersa en una sociedad con expectativas de justicia. Entre los ele-

21 Partiendo de la pregunta de cómo afectan los cambios sociales al derecho y viceversa.

mentos de esa receptividad está la rendición de cuentas (*accountability*), la preocupación por las consecuencias de las decisiones y las experiencias reales de las partes afectadas, así como la necesidad de comunicación abierta con el público.

Si la función del derecho puede definirse como la capacidad de proporcionar generalizaciones de expectativas congruentes a toda la sociedad, su actividad puede evaluarse como la resolución de conflictos producidos en otros subsistemas sociales donde no pueden resolverse por sí solos. La tensión inherente entre generalización y resolución adecuada de conflictos concretos puede abordarse mediante el derecho reflexivo que permitiría identificar estructuras de oportunidad para regular los problemas sociales considerando los contextos en que se hallan inmersos; es decir, proporcionaría mecanismos de estructuras de reflexión en distintos ámbitos sociales. El derecho no presumiría o impondría *a priori* cuáles son los intereses de las personas en conflicto, sino que articularía las formas de definirlos y articularlos, controlando posibles abusos (Teubner 1983).

Las formas innovadoras de justicia, en concreto la justicia restaurativa y la justicia terapéutica, comparten una mirada hacia la minoración del daño y la prevención que resulta más coherente con los estándares internacionales de los derechos humanos y de la salud pública. Asimismo, subrayan la importancia, en todo proceso de justicia (que implica recuperación, reparación y, en su caso, reinserción), de la conexión social y el interés por soluciones dialogadas. Esa conexión supone un factor preventivo y protector ante eventuales conflictos futuros. Los lazos sociales aumentan la percepción de seguridad y el compromiso comunitario o basado en bienes comunes. El cambio social favorece el cambio de actitudes personales, asociado con emociones positivas (de autoeficacia, autoestima, seguridad, confianza, gratitud, responsabilización, empatía, sentido del vivir, pertenencia, etcétera) (Butts et al., 2018). Algunos dirán que esto es buenismo o ingenuidad, pero basta leer con atención los resultados de investigaciones empíricas consistentes en muchos países, así como realizar un simple ejercicio de escucha a muchas personas que trabajan en la justicia y que pasan por ella para darse cuenta de que estas ideas se expresan como necesidades reales a la espera de ser tomadas en serio, con su profunda complejidad, con ese horizonte de transformación de una sociedad definida por su agotamiento con las condiciones actuales (Garcés, 2017).

BIBLIOGRAFÍA

- ARNÁIZ, A., “Hacia una abogacía gestora integral de conflictos”, *Revista de Mediación*, 11, 2018, accesible en <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2018/07/Revista22-e3.pdf>.
- BAKER, R. L., “Designing a Positive Psychology Course for Lawyers”, *Suffolk University Law Review*, 51, 2018, pág. 207-288.
- BURFORD, Gale, BRAITHWAITE, John y BRAITHWAITE, Valerie (eds.). *Restorative and Responsive Human Services*, Routledge, Londres, 2019.
- BUTTS, J. A., PELLETIER, E. y KAZEMIAN, L., *Positive outcomes. Strategies for assessing the progress of youth involved in the justice system*, College of Criminal Justice, Nueva York, 2018.
- CAPRI, C., “The politics of person-making: Ethics of care, Intellectual impairment citizenship, and a reclaiming of knowledge”, en *The Palgrave handbook of disability and citizenship in the Global South*, Cham, Palgrave Macmillan, 2019, pág. 269-292.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad”, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam* (dir. ARROYO ZAPATERO y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE), Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, pág. 129-144.
- CHAPMAN, Tim, Análisis de diversas técnicas de justicia restaurativa: mediación penal, círculos y conferencias. Experiencias en el ámbito de ejecución (post sentencia). Ponencia presentada en el workshop “El modelo europeo de justicia restaurativa con menores y jóvenes: un reto para Euskadi” (18 de mayo), dirigido por Roberto Moreno y Tim Chapman, Oñati, Instituto Internacional de Sociología Jurídica, 2017.
- CHRISTIE, Nils, Conflicts as property, *British Journal of Criminology*, 17, 1977, pág. 1.
- DAICOFF, Susan, *Comprehensive law practice: Law as a healing profession*, Carolina Academic Press, Durham, 2011.
- DE LA Cuesta, José Luis y SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO (dirs.), *Justicia restaurativa y terapéutica. Hacia innovadores modelos de justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- DE ROO, A. y JAGTENBERG, R., *Private Justice in the Domain of Family Law: The Place of Family Group Conferences Within the Range of ADR Methods*, Springer, Cham, 2018.
- FAIRMAN, C. M., “A Proposed Model Rule for Collaborative Law”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 21, 1, 2005, pág. 73-122.
- FESTINGER, Leon, *A theory of cognitive dissonance*. Stanford University Press, Stanford, 1957.
- FUREDÍ, F., *Therapy culture: Cultivating vulnerability in an uncertain age*, Routledge, Londres, 2004.
- GAMACHE, S., “Collaborative Practice: A New Opportunity to Address Children’s Best Interests in Divorce”, *Louisiana Law Review* 65, 2005, pág. 1.455-1.485.

- GARCÉS, Marina, *Nueva ilustración radical*, Anagrama, Barcelona, 2017.
- HARARI, Y. N., *21 lecciones para el siglo XXI*, Debate, Barcelona, 2018.
- HOFFMAN, D. A., “Exploring the Boundaries and Terrain of ADR Practice-Mediation, Arbitration, and Collaborative Law”, *Disp. Resol. Mag.*, 14, 1, 2007, pág. 4-8.
- HOLDER, Robyn, *Just interests: Victims, citizens and the potential for justice*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018.
- JOHNSTONE, Gerry, “Restorative justice and the therapeutic tradition. Looking into the future”, en *Routledge International Handbook of Restorative Justice* (T. dir. GAVRIELIDES), Routledge, Londres, pág. 395-408.
- LANDE, J., “An Empirical Analysis of Collaborative Practice”, *Family Court Review*, 49, 2011, pág. 1-32.
- LANGAN, E. B., “We Can Work It Out”: Using Cooperative Mediation - a Blend of Collaborative Law and Traditional Mediation - to Resolve Divorce Disputes”, *The Review of Litigation*, 30, 2, 2010, pág. 245-318.
- LAPUENTE, V., *El retorno de los chamanes*, Península, Barcelona, 2015.
- LAUROBA LACASA, “Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, Derecho Colaborativo, arbitraje, ¿y...?”, *InDret*, 4, 2018.
- LEERING, M., “Enhancing the Legal Profession’s Capacity for Innovation: The Promise of Reflective Practice and Action Research for Increasing Access to Justice”, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 34, 1, 2017, pág. 189-221.
- LLONA, N., Aplicación de círculos y conferencias al conflicto familiar, 2017, accesible en https://docs.wixstatic.com/ugd/dbod40_fddc5730930b41a7a7a79726a7c689a8.pdf.
- MACFARLANE, J., “Experiences of Collaborative Law: Preliminary Results from the Collaborative Lawyering Research Project”, *Journal of Dispute Resolution*, 2004, accesible en <https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2004/iss1/13>.
- MASTERS, Guy y SMITH, David, “Portia and Persephone revisited: Thinking about feeling in criminal justice”, *Theoretical Criminology*, 1998, 2, 1, pág. 5-27.
- MOSTEN, F. S., *Collaborative divorce handbook: Helping families without going to court*, John Wiley & Sons, Chichester, 2009.
- MOSTEN, F. S., MACFARLANE, J. y SCULLY, E. P., “Educating the New Lawyer: Teaching Lawyers to Offer Unbundled and Other Client-Centric Services”, *Dickinson Law Review*, 122, 2017, pág. 801-824.
- NACIONES UNIDAS, *Handbook on restorative justice programmes*, United Nations Office on Drugs and Crime, Nueva York, 2006.
- NONET, P. y SELZNICK, P., *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Harper, Nueva York, 1978.
- PEMBERTON, Antony, *Victimology with a hammer: The challenge of Victimology*, Prismaprint, Tilburgo, 2015.
- PERLIN, Michael L., “Have You Seen Dignity?: The Story of the Development of Therapeutic Jurisprudence”, *New Zealand Universities Law Review*, 1.135, 2017, pág. 1-26.
- PILLADO GONZÁLEZ, E., La prisión provisional atenuada prevista en la legislación es-

- pañola: ¿Una alternativa a la prisión provisional?, en *Memoria del II Congreso iberoamericano de justicia terapéutica*, Puebla, 2014, págs. 113 -122.
- PLANELLA, J., “Educación social, acompañamiento y vulnerabilidad: hacia una antropología de la convivencia”, *Revista iberoamericana de educación*, 46, 5, 2008, pág. 1-14.
- POLLACK, D. y PESKIN-SHEPHERD, A., “Human Services Agencies”, *Policy & Practice*, June, 2018, pág. 31-32.
- PRUETT, M. K., SCHEPARD, A., CORNETT, L., GERETY, C. y KOURLIS, R. L., “Law Students on Interdisciplinary, Problem-Solving Teams: An Empirical Evaluation of Educational Outcomes at the University Of Denver’s Resource Center for Separating and Divorcing Families”, *Family Court Review*, 56, 1, 2018, pág. 100-118.
- ROBEYNS, I., *Wellbeing, Freedom and Social Justice. The Capability Approach Re-Examined*, Open Book, Cambridge, 2017.
- RÖHL, Klaus F. y MACHURA, Stefan (eds.), *Procedural justice*, Routledge, Londres, 1997.
- SHERMAN, Lawrence y STRANG, Heather, *Restorative justice: The evidence*, The Smith Institute, Londres, 2007.
- SOLETO, Helena, “La conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos”, *Revista de Mediación*, 10, 1, 2017, pág. 2.340-9.754.
- SOURDIN, T. y ZARISKI, A. (eds.), *The Responsive Judge. International Perspectives*, Springer, Cham, 2018
- SPAIN, L. R., “Collaborative law: A critical reflection on whether a collaborative orientation can be ethically incorporated into the practice of law”, *Baylor Law Review*, 56, 2004, pág. 141-173.
- TESLER, P., *Collaborative Law. Achieving Effective Resolution in Divorce without Litigation.*, American Bar Association, Chicago, 2003.
- TEUBNER, G., “Substantive and reflexive elements in modern law”, *Law and Society Review*, 17, 2, 1983, pág. 239-285.
- TRAGUETTO, J. y DE AQUINO GUIMARAES, T., “Therapeutic Jurisprudence and Restorative Justice in the United States: The Process of Institutionalization and the Roles of Judges”, *International Journal of Offender therapy and Comparative Criminology*, 2019.
- VALL, Ana, Conferencias y círculos en los servicios de justicia restaurativa en el país vasco. Ejercicio de simulación y debate conjunto cómo sobre cómo potenciarlos. Taller organizado por el Laboratorio de Teoría y Práctica de Justicia Restaurativa, IVAC/KREI, 2017.
- VANFRAECHEM, I. e AERTSEN, Ivo, “Empirical research on restorative justice in Europe: Perspectives”, en *Restorative justice realities: Empirical research in a European context* (ed. VANFRAECHEM, AERTSEN y WILLEMSSENS), Eleven, La Haya, 2010.
- VARONA MARTÍNEZ, Gema, *La mediación reparadora como estrategia de control social*, Granada, Comares, 1998.
- VARONA MARTÍNEZ, Gema, *Justicia restaurativa desde la Criminología: Mapas para un viaje inicial*, Dykinson, Madrid, 2018.
- VARONA MARTÍNEZ, Gema, *Evaluación externa del impacto del derecho colaborativo*

- en Euskadi (ADCE). *Las posibilidades de un concepto no confrontativo de justicia*, Asociación de Derecho colaborativo de Euskadi, Vitoria/Gasteiz, 2019.
- VARONA, Gema, FRANCÉS, P. y ZULOAGA, L., *Mitos sobre delincuentes y víctimas. 33 argumentos contra la falsedad y la manipulación*, Libros de la Catarata, Madrid, 2019 (en prensa).
- WALKLATE, Sandra, “Justicia restaurativa: ¿terapia y/o reconciliación?”, *Journal of Victimology/Revista de Victimología*, 4, 2016, pág. 83-104.
- WEBB, S., “Collaborative Law: A Practitioner’s Perspective on its History and Current Practice”, *J. Am. Acad. Matrimonial Law*, 2, 2008, pág. 155.
- WEMMERS, Jo-Anne, “Victims’ rights are human rights: The importance of recognizing victims as persons”, *TEMIDA*, 2012, pág. 71-84.
- WESTABY, C. y EMMA, J., “Empathy: an essential element of legal practice or ‘never the twain shall meet’?”, *International Journal of the Legal Profession*, 25, 1, 2017, pág. 107-124.
- WEXLER, D., FARIÑA, F., MORALES, L. y COLÍN, S., *Justicia Terapéutica: experiencias y aplicaciones*, INACIPE, México, 2014.
- WONG, H. Y., *The Safeguarding of Children’s Rights through Collaborative Practice in Resolving Disputes After Parental Separation*. Trabajo final de Máster en la Universidad de Leiden, Países Bajos, 2018, accesible en <https://www.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/rechtsgeleerdheid/instituut-voor-privaatrecht/jeugdrecht/jr-thesis-h.y.-wong-thesis-for-jaap-doeke-prize.pdf>.
- WRIGHT, J. Kim, *Lawyers as peacemakers: Practicing holistic, problem-solving law*, American Bar Association, Chicago, 2010.
- WRIGHT, Kim, *What is Integrative Law? The Emergence of a New Legal System*, 2015, accesible en www.mediate.com/articles/WrightIntegrativeLaw.cfm.
- YAMADA, D. C., “On anger, shock, fear, and trauma: therapeutic jurisprudence as a response to dignity denials in public policy”, *International Journal of Law and Psychiatry*, <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2018.06.009>.
- ZEHR, Howard et al., *The big book of restorative justice. Four classic justice and peace-building books in one volume*, Good Books, Nueva York, 2015.
- ZEINER, C. L., “Getting Deals Done: Enhancing Negotiation Theory and Practice Through a Therapeutic Jurisprudence/Comprehensive Law Mindset”, *Harvard Negotiation Law Review*, 21, 2016, pág. 279-307.

CAPÍTULO III
FORMACIÓN DE LOS OPERADORES JURÍDICOS
EN JUSTICIA TERAPÉUTICA

Tamara Martínez Soto
Profesora Visitante de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. NECESIDADES DE LAS PARTES EN EL PROCESO JUDICIAL EN RELACIÓN A LA APLICACIÓN DE LA TJ: 2.1. Víctima 2.1.1. Reparación de la víctima 2.1.2. Protección de la víctima y evitación de la victimación secundaria 2.1.3. Comunicación y proceso 2.1.4. Las necesidades en el tiempo 2.2 Victimario 2.2.1. Necesidades de protección 2.2.2. Comunicación y proceso 2.2.3. Rehabilitación. Resocialización. Reeducción. 2.2.4. Necesidades del victimario y reforma de 2015 del CP La TJ tras la reforma de 2015 del CP. Comparativa con los denominados “Tribunales de Drogas”. 3. FORMACIÓN DE LOS OPERADORES JURÍDICOS: 3.1 Jueces 3.2 Fiscales 3.3. Rol del equipo psicosocial, oficinas de atención a las víctimas 3.4. Abogado de la defensa 3.5. Role del mediador 3.6 Rol de la policía. 4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Como ya se ha mencionado, la denominada Justicia Terapéutica (en adelante TJ) se concreta en una corriente que nace con el objetivo de incorporar al proceso judicial aquellas herramientas que permitan humanizar la aplicación de la Justicia. Se trata de que tanto a través de la Ley como a través de la actividad del juez que la aplica, se pueda llevar a cabo esta labor. Es en este sentido podemos decir que la aplicación de los principios de la TJ se concretaría entonces en dos aspectos importantes. En primer lugar, en el papel que debe cumplir la Ley como “agente terapéutico”¹ configurándose como el medio a través del cual incorporar al proceso judicial un medio para la aplicación de la TJ. En segundo lugar, en lo que refiere a la aplicación de la TJ por los tribunales, ésta debe realizarse teniendo en cuenta la TJ como una modalidad de justicia que se centra en las implicaciones que tiene en el desarrollo vital de los sujetos la aplicación del ordenamiento jurídico, y por lo tanto implicará una previa valoración de dicho contexto y consecuencias de su aplicación por los tribunales, actuando el juez como “agente

¹ WEXLER, D.B., WINICK, B.J. (eds.), *Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence*, Durham, NC: Carolina Academic Press, 1996.

institucional”².

Para poder visualizar de un modo más práctico ambos aspectos (la ley como agente terapéutico y la aplicación de la ley por los tribunales de acuerdo con los principios de la TJ actuando el juez como agente institucional) podemos señalar como ejemplo clarificador de aplicación de los principios de la TJ todo aquel conjunto de acciones que un juez puede llevar a cabo en relación a aquellos condenados que presenten lo que se denomina “riesgos criminológicos vinculados”: patologías, adicciones o alteraciones conductuales. En este caso la Ley actúa como agente terapéutico, en tanto pone a disposición de los tribunales vías para poder aplicar los principios de la TJ, así por ejemplo la suspensión o sustitución de la pena. Pero para que lleguen a aplicarse estas medidas es necesario previamente que el tribunal conozca sus necesidades, es decir, su situación y otros aspectos de su vida, como su entorno familiar y/o laboral, y que lleve a cabo esa valoración para encontrar respuestas adaptadas y rehabilitadoras para los condenados que presenten dichas conductas y características. Como decíamos, el juez actuará como “agente institucional”, y utilizará los recursos a su alcance para mitigar los efectos negativos que tales riesgos puedan entrañar para su rehabilitación, como por ejemplo decretar tratamiento facultativo para el reo, o la ayuda de servicios sociales de apoyo, en su caso³.

A la vista de este ejemplo queda constancia de que para poder implementar la TJ en nuestro ordenamiento será necesario, por un lado, incorporar

2 SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I., “La viabilidad de la justicia terapéutica, restaurativa y procedimental en nuestro ordenamiento jurídico”, en *Justicia restaurativa...*, ob. cit págs. 21-22.

3 Para SUBIJANA ZUNZUNEGUI el concepto de justicia terapéutica se contrapone al de justicia procedimental. La justicia procedimental es aquella que da valor al modo a través del que se llega a las decisiones, más que al contenido. En lo que se refiere a la Justicia Restaurativa se centraría en que los intervinientes tengan la autonomía necesaria y suficiente para participar. Se concretaría entonces en que el consentimiento esté informado, que exista confidencialidad e imparcialidad por parte del mediador, y en lo que se refiere al modelo adversarial se concretaría en la existencia de las garantías de un proceso debido o justo SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I., “La viabilidad de la justicia terapéutica, restaurativa y procedimental en nuestro ordenamiento jurídico”, en *Justicia restaurativa...* ob. Cit , págs. 53-54, apunta que Apunta que “Se trata de conectar a los penados con los recursos comunitarios existentes, motivándoles, a través de un uso creativo de la autoridad, a aceptar un tratamiento o seguir un proceso formativo o rehabilitador, fijando un marco de compromiso conductual y controlando su cumplimiento”.

estos mecanismos al proceso a través de la legislación, y por otro lado, determinar las funciones y el papel que deberán cumplir, no sólo los jueces, sino todos aquellos operadores jurídicos que intervienen en la aplicación de los mismos a lo largo del proceso penal.

En relación a la adaptación de la legislación a estos nuevos esquemas existen ya vías a través de las cuales se están aplicando estos principios de la TJ, como se ha mencionado ya. Sobre estas herramientas haremos un breve acercamiento sólo de cara a determinar cómo cada uno de los operadores jurídicos participa en el proceso y por lo tanto determinar el nivel de conocimiento y formación que debería ser adecuado en relación a la TJ.

Es clave para poder concretar adecuadamente cómo debe de estructurarse esta formación de los operadores jurídicos delimitar previamente cuáles son las necesidades de aquellos sobre los que se va a aplicar esos principios de la TJ, las partes en conflicto que forman parte de ese proceso penal, es decir, tanto víctimas como victimarios. En este sentido apunta WEXLER⁴ una comparativa entre el proceso tradicional y el terapéutico aludiendo, entre otros aspectos que los diferencian, al hecho de que el proceso judicial está orientado al caso mientras que en el segundo se orienta a las necesidades, y por lo tanto serán necesario conocerlas.

2. NECESIDADES DE LAS PARTES EN EL PROCESO JUDICIAL EN RELACIÓN A LA APLICACIÓN DE LA TJ

En lo que se refiere a estas las necesidades que las partes inmersas en un proceso penal pueden demandar, refiriéndonos a éstas dentro del marco “justicia”, aunque en un sentido general, OLALDE ALTAREJOS⁵ distingue 4 pilares básicos sobre las “necesidades humanas”:

1. Respeto a la dignidad de toda persona afectada o imputada por una infracción penal.
2. Comprensión mutua y responsabilidad hacia lo ocurrido.
3. Fortalecimiento de la capacidad de comunicación de pensamientos y sentimientos de forma abierta honesta y transparente.

4 WEXLER, D, *Teoría Jurídica Terapéutica, los jueves y la rehabilitación*, <http://centrointeramericano.org/tutoriales.htm>, 2002, pag. 3.

5 OLALDE ALTAREJOS, J.I., “La práctica de la justicia restaurativa en Euskadi: miradas del trabajo social”, *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*, *Cuadernos Penales José María Lidón*, núm. 9, 2013, pág. 286.

4. Prioridad de responder las necesidades humanas de las personas implicadas.

Se pretende aquí conjugar derechos tanto del imputado como de la víctima, creando un espacio de entendimiento para ambas. Y es que cuando hablamos de TJ no sólo nos referimos a un trato humano del imputado, sino también de la víctima.

Como se ha referido ya, la TJ se configura como una categoría general que busca esa humanización de la justicia, y por lo tanto dentro de ésta encontraremos otras corrientes más específicas como la Justicia Restaurativa (y dentro de ésta distintos mecanismos como la mediación penal). La Justicia Restaurativa se centra en dos aspectos fundamentales la ahora de desplegar sus efectos, que a su vez formarán parte de la TJ, en tanto propiciarán la consecución de ese objetivo general que es el de humanizar la Justicia. Los asuntos que la Justicia Restaurativa pretende abarcar principalmente son la reparación a la víctima y la rehabilitación y responsabilización del victimario. En relación al esquema que plantea OLALDE ALTALEJOS podríamos decir que la Justicia Restaurativa se centraría en los aspectos II y III, en lo que se refiere a la comunicación y la responsabilización de las partes. Para poder llegar a satisfacer todos los aspectos mencionados tendremos que acudir a la TJ como categoría más general, en tanto como hemos dicho el juez actuará como agente institucional aplicando la Ley de acuerdo con las implicaciones que su aplicación tendrá sobre ese sujeto teniendo en cuenta sus circunstancias y necesidades humanas, tal y como señalan el punto I y IV del mencionado esquema de las necesidades humanas en tanto se hace referencia a la dignidad de las personas y a sus necesidades expresamente.

2.1. Víctima

Podemos decir que al margen de lo que el proceso judicial puede aportar a la víctima del delito como medio a través del cual se pone en marcha la maquinaria judicial, las necesidades de la víctima se puede concretar en dos asuntos principales que no vienen en principio protegidos por el esquema tradicional del proceso penal: la reparación integral, y la protección de la víctima y evitación de la victimización secundaria.

Junto con estos asuntos más destacables sería oportuno mencionar también otra cuestión que aunque pudiera parecer de menor entidad es en realidad clave para un desarrollo eficaz del proceso judicial, que es el uso de un

lenguaje adecuado al nivel de conocimiento de las partes, que favorezca una comprensión de lo que en el transcurso del mismo está ocurriendo, protegiendo así también sus derechos.

Y es que desde el punto de vista de la TJ será relevante para la humanización de la justicia tener en cuenta la reparación y la protección y evitación de la victimización secundaria para poder diseñar las herramientas necesarias que a través de la legislación vigente regulen el proceso respetando ambos asuntos, pero igualmente necesario será garantizar que la víctima comprende lo que está ocurriendo a lo largo del proceso penal.

Es importante señalar que las necesidades de las víctimas no serán las mismas a lo larg

o del tiempo que transcurre desde que el delito se haya cometido y hasta que el proceso penal comience, se desarrolle y llegue a su fin.

2.1.1. Reparación de la víctima

Cuando hablamos de reparación a la víctima desde el punto de vista de la TJ no aludimos únicamente a un sentido estricto o clásico de reparación que se agota en una indemnización económica, se trata de conseguir una reparación integral, que consista tanto en una reparación material como emocional o simbólica. De la experiencia práctica llevada a en la Comunidad de Madrid en diferentes órganos judiciales PASCUAL RODRÍGUEZ⁶ nos muestra los siguientes datos en lo que se refiere a los intereses de las personas víctimas de delitos que habrían participado en algunas mediaciones penales: el 17% tenían intereses sólo económicos, 28% tenía intereses económicos y no económicos y el 55% sólo intereses no económicos. Aquella reparación que se concreta en intereses “no económicos” será la denominada reparación simbólica.

Es imposible hablar de estos asuntos sin referirnos a la Victimología. La Victimología aborda el tema de la reparación desde una perspectiva multidisciplinar, poniendo de relieve la falta de atención que venía sufriendo el sujeto pasivo del delito y el perjudicado en relación a la mencionada reparación simbólica⁷. Así, y desde finales del siglo XX surgen corrientes nove-

6 PASCUAL RODRÍGUEZ, E., “La experiencia práctica de la mediación penal en Madrid”, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Martínez Escamilla, M., Sánchez Álvarez, M. P. (coors.), Madrid, pág. 389.

7 SUBIJANA ZUNZUNEGUI, “Los derechos de las víctimas: su plasmación en el proceso penal”, *PJ*, núm. 54, pág. 167.

dosas y mecanismos como la denominada Justicia Restaurativa que ofrece a las víctimas una reparación distinta a la que deriva del proceso penal cásico, que se concreta principalmente en la indemnización proveniente de una responsabilidad civil derivada del delito. Dentro de la TJ podemos distinguir varias herramientas que forman parte de esta categoría más amplia. Así la Justicia Restaurativa como hemos mencionado se correspondería con un tipo de TJ, y dentro de ésta, mecanismos como la mediación penal, los encuentros restaurativos, los círculos restaurativos... se encargaría de trabajar en pro de una reparación emocional de las víctimas, lo que se correspondería con esa reparación simbólica, y por lo tanto la consecución de una reparación integral para las víctimas.

Por lo tanto, la reparación integral de esas víctimas se satisfará simultáneamente una reparación económica y una reparación simbólica o emocional. No estaríamos hablando de una reparación integral si la reparación se agotase en la parte dineraria, puesto que de este modo no se contemplarían actuaciones que devolviesen la situación a un estadio anterior o que reparasen a la víctima moralmente.

Para SÁEZ VALCÁRCEL⁸ la reparación no sólo debe ser material, entiende la reparación como algo más que una compensación económica o una restitución de un bien material, “la Justicia Restaurativa nos habla de una reparación esencialmente simbólica y emocional, una recuperación de su sentimiento de seguridad. Una Justicia que reconoce el sufrimiento y el dolor”, y que trabaja para mitigarlos, y repararlos.

En esta misma línea RÍOS MARTÍN⁹ diferencia entre la reparación material y la reparación simbólica. En este sentido serán acuerdos de reparación material aquellos que se concretan en la obligación de dar una cantidad económica o la devolución de la cosa sustraída, mientras que los acuerdos de reparación simbólica serán aquellos a través de los que se intenta “dar cobertura a los daños psicológicos y morales de las víctimas”.

Con la reparación en este sentido más simbólico lo que se pretende es restablecer a la víctima en una situación emocional, no tanto reparar un daño material económicamente cuantificable, sino restablecer una situación anterior en

8 SÁEZ VALCARCEL, R., “Mediación Penal. Reconciliación, perdón y delitos graves. La emergencia de las víctimas”, en *Reforma penal: Personas jurídicas y tráfico de drogas; Justicia restaurativa. Cuadernos penales José María Lidón* Núm. 8, 2011, pág. 72.

9 RÍOS MARTÍN, “Justicia Restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)”, pág. 32

un plano de tipo más subjetivo que tiene más relación con un sentimiento de seguridad que con una reparación patrimonial o una restitución de un bien.

El modo en el que podemos materializar esta reparación simbólica será a través de la actuación del victimario, previamente auxiliados tanto éste como la víctima por la actuación de los tribunales y en su caso del mediador que participe en ese hipotético encuentro restaurativo, favoreciendo la puesta en marcha de las herramientas que el ordenamiento ponga a su disposición para acercar a las personas a esos mecanismos que les sitúen en ese escenario en el que es posible dialogar.

La aplicación de estos preceptos y la actuación de los tribunales y mediadores en este sentido es TJ.

2.1.2. Protección de la víctima y evitación de la victimación secundaria

La protección de las partes, suele centrarse principalmente en la víctima. En tanto hemos hablado de la reparación y de los mecanismos restaurativos es necesario distinguir en cada escenario cómo se garantiza esta necesidad de protección.

En relación al proceso penal no existe duda al respecto en tanto el legislador ya ha diseñado mecanismos que favorecen la protección de víctimas en general y aquellas denominadas como especialmente vulnerables (víctimas de delitos graves y delitos sexuales, violencia de género, terrorismo...), en este último caso a través de sus legislaciones específicas o ya desde un punto de vista más general a través del propio Estatuto Jurídico de la Víctima del delito (en adelante EDV).

En lo que se refiere a su protección en procesos restaurativos igualmente el legislador se ha preocupado de proteger su participación a través del contenido del art. 15 del EVD¹⁰, y es que lo que el EVD configura como requisitos previos a la participación en su art. 15 funcionan a su vez como garantías para su participación. El hecho de que sea necesario que preste su consentimiento y que sea un requisito que el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima –o que

¹⁰ Art. 15.1.d) “el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima”.

esté prohibida por la ley, aunque no sería necesario incluir aquí este requisito que es de por sí una obligación contenida en otra ley– se configuran como una suerte de garantías que tratan de proteger su participación.

Estas garantías se ocupan del especial carácter de la víctima, que presuponen vulnerable, asunto del que no se ocupa ninguno de los principios (ni legislación¹¹) que regulan el proceso penal.

A la hora de establecer criterios para fijar unas garantías mínimas en los programas restaurativos muchos programas establecen las siguientes¹²:

1. Capacidad y actitud de la víctima.
2. Capacidad y actitud del agresor.
3. Buena fe y capacidad de asumir la responsabilidad, valorable por los distintos operadores, como son los miembros del tribunal que realizan la remisión, el mediador, los equipos psicosociales.

Se observa que los aspectos a tener en cuenta en relación a una aplicación de la Justicia más humana en relación a la figura de la víctima se concretan en las bondades que la Justicia Restaurativa como fuente de TJ propugna.

Señala PILLADO GONZÁLEZ¹³ que “el EVD en cuanto introduce toda una serie de medidas de protección a las víctimas, es claramente TJ”; destacando además la inclusión de una serie de disposiciones relativas a la organización y el funcionamiento de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del delito y el fomento de la formación de los operadores jurídicos y del personal de la Administración de Justicia en el trato a las víctimas.

2.1.3. Comunicación y proceso

A lo largo del proceso penal la víctima puede atravesar una serie de trámites que van desde la denuncia hasta la sentencia, pasando por situaciones

11 Aunque sí se pone de manifiesto que existe este desequilibrio o vulnerabilidad desde el momento en que se regulan medidas de seguridad o protección.

12 Véase en este sentido la guía elaborada por el Consejo General del Poder Judicial, “Criterios de derivación...”, ob. cit., y la información en la web del CGPJ sobre la mediación penal <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Juzgados%2Dque%2Dofrecen%2Dmediacion/Juzgados%2Dque%2Dofrecen%2Dmediacion%2DPenal/relacionados/LA%2DMEDIACION%2DEN%2DEL%2DPROCESO%2DPENAL>

13 Vid. PILLADO GONZÁLEZ, E., y MARTÍNEZ SOTO, T., “Aplicación judicial de la suspensión de la ejecución de pena privativa de libertad. Una visión desde la Justicia Terapéutica” en *Derecho y proceso. Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez*, Coord. CACHÓN CADENAS, M., Atelier, 2018, Vol. 3, pág 2087.

como el ofrecimiento de acciones, declaraciones, recepción de notificaciones... Ciertamente es que en la mayor parte de los mencionados hitos estará asistida la víctima por la defensa técnica de su abogado, sin embargo no en todos ellos, y no cada minuto. Es decir, a lo largo del proceso la víctima no podrá esperar de su abogado que actúe como una especie de traductor simultáneo, si hablamos de una persona legada en derecho, pero la situación se agrava si nos referimos a una persona aquejada de alguna discapacidad. En este sentido el pasado mes de Octubre se dicta por primera vez en el ámbito penal¹⁴ una sentencia de lectura fácil en la Audiencia Provincial de Madrid¹⁵. Se aplica lo que se denomina programa de lectura fácil, en colaboración con la Unidad de Atención a Víctimas con Discapacidad Intelectual¹⁶.

La decisión es consecuencia de la discapacidad que sufría la víctima del delito. El protagonista de esta historia es un hombre al que se le ha reconocido una discapacidad intelectual de un 42%, inteligencia límite y trastorno de personalidad asociado, víctima de un delito de estafa.

En esta tesitura, los magistrados de la sección 16 de la AP de Madrid deciden, por un lado, que un facilitador de acompañe a lo largo de todo el proceso, y por otro lado, redactar una sentencia de lectura fácil, sin utilizar tecnicismos jurídicos.

El resultado final es, por un lado, la sentencia oficial, y por otro lado, esa otra sentencia de lectura fácil adaptada a las necesidades de esa persona. Anteriormente la dinámica era distinta, una vez que la sentencia se dictaba, miembros de la fundación se reunían con el afectado para llevar a cabo una "lectura asistida", haciendo esa traducción in situ y sólo de forma verbal. En esta ocasión en lugar de llevar a cabo esta reunión se realizó una traducción escrita, de modo que esa persona puede releer y comprobar el contenido de la misma una vez termina el proceso las veces que lo necesite.

Adaptar esta fase final del proceso a las necesidades de la víctima es claramente TJ.

Por otro lado, en relación a la comunicación, la posibilidad de participar

14 Esta técnica se utilizó ya en otros órdenes anteriormente. Cabe destacar la labor del TSJ de Asturias, que fue premiado por la fundación austriaca sobre el mundo de la discapacidad (ESSL), tras ser seleccionado entre más de 370 propuestas de todo el mundo por su labor pionera e innovadora en materia de políticas dirigidas a la discapacidad.

15 SAP 517/2018.

16 Esta unidad nace con el propósito de proteger a las personas con discapacidad intelectual de los diferentes abusos que pueden sufrir derivados de su especial situación, sobre todo en relación a abusos sexuales.

en el proceso no ya como un mero testigo como en el esquema tradicional de proceso penal es igualmente un asunto importante en relación a esa humanización de la Justicia. Esa posibilidad de ser escuchada para la víctima se materializa con la inclusión en el proceso de mecanismos que creen espacios donde la víctima puede participar de las preguntas sin respuesta que el acto delictivo haya dejado.

Por lo tanto, la comunicación se favorece no sólo con el tribunal sino también y si las circunstancias son propicias, con el victimario.

2.1.4. Las necesidades en el tiempo

El Ministerio del Interior¹⁷ recoge en el informe anual de 2011 en referencia a víctimas de delitos graves una serie de medidas a tener en cuenta para el tratamiento de las mismas clasificando las necesidades de las mismas situándolas a diferentes niveles en función del momento temporal que la víctima se encuentre respecto del hecho delictivo.

En base al contenido de dicho informe podríamos clasificar las necesidades¹⁸ de las víctimas de la siguiente manera:

1. Necesidades urgentes postconflicto

Deberán de adaptarse al caso concreto si de verdad se pretende satisfacer las necesidades de la víctima, ya que de cada situación y circunstancias se desprenderán unas necesidades u otras¹⁹.

2. Necesidades económicas: Estabilidad económica inmediata y a largo plazo.

¹⁷ Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, “Apoyo a las Víctimas del Terrorismo”, 2011.

¹⁸ Las necesidades en concreto pueden ser de lo más variado, así: c) En cuanto al contenido: Las necesidades en sentido concreto pueden ser muy variadas: -Sobre la narración del hecho -Sobre la salud física y psicosocial de los afectados y familias -Sobre la participación en el proceso -Sobre el castigo del delincuente -Sobre el apoyo del entorno -Sobre el apoyo de las instituciones públicas -Sobre la comprensión del hecho -Sobre preguntas sin resolver -Sobre el reconocimiento del daño por la sociedad, las instituciones, el entorno, el agresor.

¹⁹ Así expone el informe mencionado que en el año 2011 se intervino en un atentado con una víctima mortal cometido el 29 de junio en Kabul (Afganistán). Las tareas desempeñadas consistieron en el apoyo psicosocial y emocional detectando las necesidades más urgentes, realizando un acompañamiento social a la familia del fallecido. Como ya mencioné anteriormente en la ley de 2011 se incluye dentro de la categoría de víctimas a los miembros de contingentes en misiones de paz en el extranjero que sufran un atentado terrorista.

3. Necesidades emocionales:

a) En cuanto al momento temporal:

– En relación con el pasado:

Para aceptar lo ocurrido y cerrar las preguntas, o el duelo. Los encuentros restaurativos se incardinan dentro de esta categoría, ya que ayuda a las víctimas a cerrar con el pasado al encontrar respuestas, arrepentimiento y disculpas.

– En relación con presente:

Prestar asistencia psicológica y asistencia a grupos de terapia. Desarrollar programas que desarrollen actividades en grupo que ayuden a normalizar su situación.

– En relación con el futuro:

Existen programas integración social y programas de inserción laboral.

Podrían desarrollarse programas de seguimiento de las víctimas, un seguimiento estrictamente emocional y anímico.

b) En cuanto al alcance

– A nivel individual

– A nivel familiar²⁰

De todas estas necesidades, sólo algunas son susceptibles de satisfacerse por el Estado a través de sus instituciones clásicas, es decir a través del Estado como Administración de Justicia así como a través de su actividad como Administración pública mediante los servicios y ayudas establecidos normativamente²¹, pero es necesario crear y atender igualmente algunas de las necesidades que aquí se mencionan de tipo más emocional, y para ello será necesario crear esas infraestructuras que tengan en cuentas todas estas realidades y por lo tanto humanicen, a los ojos de las víctimas, la aplicación de la justicia.

A modo de conclusión, es importante destacar que existen víctimas que rechazan la reparación en un sentido restaurativo, pero sí aceptan un trata-

20 Se configuran incluso programas de acompañamiento de víctimas:

El acompañamiento consiste desde el apoyo y la contención emocional a los afectados y familiares, posibilitando también la coordinación con la Sala cuando los interesados han solicitado y atendiendo aquellas demandas específicas que se han ido generando a lo largo de la celebración del juicio. En relación a los programas de intervención familiar: El objeto principal de este programa de ámbito nacional es la realización de visitas domiciliarias.

21 Vid. en relación con la actividad de protección de la Administración, RODRÍGUEZ URIBES, J.M., *Las víctimas del terrorismo en España*, Madrid: Dykinson, 2013, págs. 195 y ss.

miento terapéutico. Según SAEZ VALCÁRCEL²² esto es así porque para éstas sería admitir que existe una simetría entre ambos protagonistas, un diálogo horizontal, una asunción para la que no están dispuestas o preparadas. Por ello es necesario acercarse a través de la reconciliación terapéutica en la que puede existir una asimetría, la cual se complementaría con un proceso reparador siempre teniendo en cuenta que existe una asimetría que hay que superar a través del reconocimiento mutuo. Para llegar al reconocimiento primero es necesario que las partes reconozcan “recíprocamente igualdad de dignidad” a lo largo del proceso. Aquí entra en juego la TJ, y por lo tanto aquellos que son llamados a su aplicación.

2.2. Victimario

La figura del victimario requerirá un tratamiento completamente distinto al que hemos descrito para la víctima.

Hasta aquí nos hemos referido a la figura de la víctima refiriéndonos siempre a la reparación ya que el beneficio que esa víctima obtiene de la aplicación de los principios de la TJ viene determinado por ese diálogo, esa reparación emocional que obtiene de la simple narración de los hechos y de la obtención de respuestas. En el caso del victimario la aplicación de los principios de TJ supone un resultado muy distinto, la reintegración, reinserción y resocialización, todo ello consecuencia de un previo arrepentimiento y responsabilización de los hechos como consecuencia del contacto con la realidad que a su vez le ayudará tomar conciencia de ellos, humanizar a su víctima y a sí mismo²³.

En relación al victimario, es importante destacar que la delincuencia en la mayor parte de las ocasiones es la consecuencia de otras cuestiones, factores subyacentes como la pobreza o la exclusión social²⁴, de modo que las necesi-

22 SAEZ VALCARCEL, R., “Mediación Penal. Reconciliación, perdón y delitos graves. La emergencia de las víctimas”, en *Reforma penal...ob. cit.*, pág. 76.

23 “Fase de reconocimiento mutuo: que las partes consigan pasar de la cosificación a la humanización” MARTINEZ SOTO, T., “Propuesta de guía a seguir para el tratamiento de delitos graves en una mediación penal” en *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la LO 1/2004*, Dir. CASTILLO MANZANARES, R., 2014, Santiago de Compostela, pág 431.

24 Tribunal de Tratamiento de Drogas en Chile, Fundación Paz Ciudadana, 2020, pág 17. En relación a los delitos asociados al consumo de drogas establece un modelo tripartito que divide la relación entre el delito y las drogas en tres ámbitos: psicofarmacológico

dades del victimario cambiarán completamente respecto de las de la víctima, en tanto para poder atajar ese comportamiento delictivo será necesario tratar ese problema de fondo y por lo tanto previamente detectarlo, conocerlo y analizar su relación con la conducta delictiva y las consecuencias de la aplicación de la norma en esa persona a la que la rodea ese contexto en particular.

Y es por ello que las necesidades del victimario serán muy distintas y cambiantes en función de las propias circunstancias de cada persona, y en consecuencia la labor que se debe de desarrollar en este momento por parte de los operadores jurídicos es altamente subjetiva²⁵, en tanto se deberán valorar cuestiones de índole jurídico pero también de índole familiar y personal. En este punto se hace visible por lo tanto que junto con esa formación requerida también se hace necesario un diseño de un protocolo o un plan de actuación que aporte al juez información sobre esas cuestiones que debe valorar.

No será posible realizar un esquema tan detallado en relación a las necesidades del victimario como se ha delimitado para la figura de la víctima, en tanto los motivos que le hayan llevado a delinquir serán distintos en cada caso, pero sí podremos llevar a cabo un acercamiento general.

2.2.1. Necesidades de protección

Del mismo modo que la víctima requiere una protección, el victimario también, es necesario que se garanticen ciertos derechos que le van a asistir a lo largo del proceso, que además van a garantizar un proceso con todas las garantías. En este sentido nuestro ordenamiento jurídico es exhaustivo y garantista con los derechos de los detenidos e imputados y ha redactado un catálogo de derechos adecuado para su protección a lo largo del proceso judicial.

Pero si se aplica algún mecanismo como una mediación penal o un encuentro restaurativo será necesario, igual que en el caso de la víctima, referirnos también a la necesidad de protección de sus intereses a la hora de participar en éstos, ya que no se trataría ya de una actuación dentro del propio proceso

(sustancias que provocan conductas violentas), económico-compulsivas (la motivación a delinquir para financiar el consumo y sistémico (violencia que se produce en el entorno del mercado de drogas). Además, pueden existir lo que se denomina “causas subyacentes comunes”, que desde el punto de vista psicológico existan conductas de bajo auto-control, personalidad anti-social etc).

25 De hecho, en el ámbito de la suspensión e la pena se deja un amplio margen de direccionalidad al juez que acuerda la medida.

judicial protegida por las garantías procesales que nuestra legislación recoge, y podrían verse dañados derechos como la presunción de inocencia o el derecho a no declarar ya que será requisito previo para por ejemplo participar en una mediación penal el llevar a cabo un reconocimiento de los hechos. En este sentido debe de existir una certeza total de que el victimario ha entendido las implicaciones de tal reconocimiento y el objetivo de la mediación penal, en su caso.

En este sentido, en lo que se refiere a la protección del victimario tanto el tribunal a la hora de derivar un asunto a una mediación penal como el abogado y fiscal deberán cerciorarse de que esa participación es efectivamente voluntaria y consciente de sus efectos para el proceso penal.

2.2.2. Comunicación y proceso

Además de las garantías mencionadas que forman parte del esquema del proceso debido, existen otras necesidades del victimario en relación con el proceso penal que pueden satisfacerse a través de la TJ que se concretan en la comunicación y comprensión de lo que ocurre a lo largo del proceso, del mismo modo que mencionamos para el caso de la víctima. Participarán de estos asuntos principalmente el juez que a lo largo del proceso se cerciorará de ello, son cuestiones que nuestra LECrim recoge ya en su articulado.

2.2.3. Rehabilitación, resocialización, reeducación

Del mismo modo que la víctima necesita una reparación integral, el victimario necesitará una atención integral para que los fines de la pena verdaderamente se cumplan en su totalidad, no bastando únicamente con la imposición de un castigo para lograr una rehabilitación. La TJ concibe la ley como “una fuerza social que produce comportamientos y consecuencias, pudiendo ser estas tanto terapéuticas como antiterapéuticas, esto es, beneficiosas o perjudiciales para las personas a las que se aplica”²⁶, y por lo tanto en lo que se refiere a la imposición de las penas es necesario llevar a cabo un análisis exhaustivo de la situación del victimario para valorar la opción más adecuada de las posibles para favorecer la rehabilitación de éste.

²⁶ PILLADO GONZÁLEZ, E., “La justicia terapéutica y sus manifestaciones en el proceso penal español” en *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (ed. Barona Vilar), Ed. Civitas, Valencia, 2016, pág. 251 a 277.

En este sentido y en relación con la figura del victimario nuestro ordenamiento jurídico prevé la aplicación de determinadas medidas a través de las cuales aplicar esos principios de la TJ. Así sería posible proporcionar a cada persona y en función de sus circunstancias varias posibilidades para poder hacer realidad esa rehabilitación, cómo por ejemplo favorecer que si se cumplen algunos requisitos su ingreso en prisión pueda ser suspendido o sustituido por otra pena, fomentado su pronta reintegración, lo cual implicaría a su vez la recuperación de su vida familiar, su vida laboral y su salud²⁷.

2.2.4. La TJ tras la reforma de 2015 del CP. Comparativa con los denominados “Tribunales de Drogas”

Nuestro derecho penal se construye sobre unos principios básicos que obstaculizan la inclusión de algunos principios de la TJ, en concreto la indisponibilidad del derecho penal por los particulares en tanto única titularidad del ius puniendi por el Estado. Sin embargo, existen ya algunas manifestaciones que se han ido incorporando como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad en el proceso y que suponen una conquista en la atención de las necesidades de los victimarios²⁸.

Tras la reforma de 2015 se deja al juez un mayor margen de discrecionalidad para individualizar la respuesta penal más adecuada para la rehabilitación del infractor. En este sentido señala el AAP de Almería, de 27 de enero (JUR\2017\71104) que “la concesión de la suspensión constituye una facultad potestativa del Juez, en uso del arbitrio o discrecionalidad que legalmente se le otorga, limitándose la norma a establecer unos requisitos mínimos sin cuya concurrencia no podrá operar aquella facultad discrecional, pero en modo alguno supone un derecho subjetivo del condenado que opere de forma automática incluso en el supuesto de que concurren todos y cada uno de aquellos requisitos.”

Es claro que, existiendo tan amplio margen de discrecionalidad, será ese esencial que se lleve a cabo una labor de información y de formación de los operadores jurídicos en materia de TJ, no limitando su formación únicamente a conceptos jurídicos sino ampliando estos a conocimientos de psicología,

²⁷ Estudios demuestras que entre el 49 y el 87% de los detenidos arrojan positivo en un test de orina para al menos una droga ilegal. Papelote, pág. 20.

²⁸ PILLADO GONZÁLEZ, E., “La justicia terapéutica y sus manifestaciones en el proceso penal español” en *Mediación...* ob. cit., pág. 251 a 277.

trabajo social para, e incluso criminología, adquiriendo de este modo habilidades que les permitan valorar adecuadamente la información e interactuar con los victimarios en concreto. Nociones en comunicación, escucha activa, el respeto, la empatía, identificación y expresión de emociones etc²⁹. Una formación multidisciplinar, basada en conocimientos jurídicos, sociológicos y psicológicos o emocionales.

Además, y no menos importante para llevar a cabo ese análisis global del sujeto pasivo del delito y del hecho en sí, será necesario que el juez, que previamente ha recibido ya esa formación multidisciplinar, además pueda acceder efectivamente a esa información. Esto es, a través de informes o bases de datos, o el diseño de un mecanismo que les permita conocer las circunstancias que puedan ser susceptibles de valoración para la regulación de la pena y decidir entonces sobre su sustitución, suspensión o revocación, en su caso. En relación con este tipo de esquemas cabe destacar la labor realizada por los denominados tribunales de drogas³⁰ en los cuales existe una infraestructura creada a tal efecto. Existen ejemplos de estos tribunales actualmente en Estados Unidos, Canadá, Australia y algunos países de Iberoamérica. El funcionamiento de los mismos se estructura en varias fases que permiten que un equipo multidisciplinar participe y se vaya perfilando un mecanismo de actuación como hemos indicado:

La labor de discriminación de casos y solicitud de inclusión en un programa de suspensión de pena en favor de un seguimiento de tratamiento de desintoxicación pasa no sólo por el juez sino por varios operadores jurídicos.

En un primer momento los casos son seleccionados por el Ministerio Público, que solicita al tribunal esa inclusión del infractor en el mencionado programa. Antes de acudir a la audiencia con el juez, un equipo psicosocial celebra una entrevista con el infractor para valorar la posibilidad de incluirlo en tal programa (descartando en esta entrevista por ejemplo algunas enfermedades mentales como causa de esa actividad delictiva). Este equipo está formado por un psicólogo y un trabajador social. Una vez que se haya celebrado la entrevista, el equipo psicosocial hará llegar un informe al juez, que

29 MORALES QUINTERO, L.A., AQUILAR DÍAZ, M^a. B., “Justicia Terapéutica: barreras y oportunidades para su aplicabilidad en México”, en *Justicia Terapéutica: experiencias y aplicaciones* (comp. Wexler, Fariña, Morales y Colín), INACIPE, Puebla, 2014, págs. 20 a 23.

30 Instituciones precursoras del a TJ, que nacen en Canadá para dar una opción distinta para favorecer su rehabilitación a los delincuentes que cometían delitos por estar inmersos en alguna adicción.

junto con la solicitud del Ministerio Fiscal será la información que el juez tomará en consideración para citar al victimario a una audiencia preliminar. Es importante destacar que se le ofrecerá a la víctima asistir a tal audiencia.

En dicha audiencia preliminar el juez determinará si el infractor debe de ingresar en el programa o no a la vista de lo allí expuesto. Para ello el infractor será asistido por su abogado defensor antes de la audiencia.

Si se acuerda su inclusión, se continuarán celebrando audiencias de seguimiento en orden a, o bien revocar o modificar alguna de las medidas si así fuera necesario, o bien celebrar una audiencia de egreso una vez que se certifique su total recuperación.

El trabajo que se realiza en estos tribunales es totalmente multidisciplinar, participan profesionales de distintas ramas, lo cual requiere además una labor de coordinación por parte de un departamento especializado en esta cuestión.

Sin embargo, el hecho de que participen profesionales del ámbito de la psicología en el equipo psicosocial no exime al juez que decretará su inclusión en el programa de adquirir conocimientos de determinados asuntos y habilidades que serán necesarias para llevar a cabo no solo la audiencia preliminar sino también las de seguimiento, adquiriendo los conocimientos necesarios para motivar y acompañar al infractor en su recuperación.

Este esquema dista mucho del esquema actual existente en nuestro ordenamiento jurídico en lo que se refiere a la suspensión, tal y como acabamos de mencionar. Sin embargo, podríamos tratar de llevar a cabo un paralelismo con la labor que desarrolla nuestro Juez de Vigilancia Penitenciaria, aunque su campo de actuación es muy determinado. Apunta WEXLER³¹ en este sentido que el JVP realizaría un seguimiento similar al que el juez del tribunal de drogas realiza, desde un punto de vista general, claro está. Este seguimiento que realiza el JVP lo desarrolla en tres etapas que tendría como resultado el otorgar la libertad condicional, supervisar su cumplimiento y en su caso revocarla. Destaca aquí WEXLER el hecho de que sea una sola persona la que tome la decisión en tanto entiende existe algo positivo en ello ya que hace posible entablar una relación más profunda entre infractor y juez, aumentando así la posibilidad de motivar al reo. Por otro lado, la ley, al contrario de lo que hemos mencionado respecto de la regulación de la suspensión de la pena, deja muy poco margen a la discrecionalidad, ya que, aunque no es automáti-

31 WEXLER, D, *Teoría Jurídica Terapéutica, los jueces y la rehabilitación*, <http://centrointeramericano.org/tutoriales.htm>, 2002, pág 17.

ca la concesión de la libertad condicional existe un muy pequeño margen de discrecionalidad para el juez, lo que se denomina discrecionalidad limitada, y que en este caso señala WEXLER esa limitación sería más terapéutica que permitir una discrecionalidad más amplia.

Es necesario destacar que la labor que desarrolla el JVP se enmarca en un contexto muy determinado, de modo que las cuestiones a valorar se encuentran más delimitadas y restringidas. Si bien esto no quiere decir que el JVP requiera de una formación especial dado el ámbito y las cuestiones objeto de su labor profesional; si comparamos tal figura con la de la suspensión de la pena, aquí las cuestiones que el juez debe valorar no se encuentran en modo alguno delimitadas de la misma manera, ni el contexto, ni existe una hoja de ruta al respecto, y además el margen de discrecionalidad es mayor que en el caso de la regulación que existe respecto en la concesión de la libertad condicional que afecta al JVP.

Según el CP para que el juez pueda acordar la suspensión ordinaria de la pena privativa de libertad, es necesaria la concurrencia de tres requisitos concretos: que el condenado haya delinquirido por primera vez, que la pena o la suma de las penas impuestas no sea superior a dos años, y que se haya satisfecho la responsabilidad civil originada,

Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia dictada al respecto vemos que existe en relación al primer y segundo requisito un amplio margen de discrecionalidad.

En relación a la primariedad delictiva, se concede al juez una gran discrecionalidad en cuanto que, para valorar esa primariedad delictiva, además de no tener en cuenta los delitos imprudentes y leves, tampoco deberá considerar los antecedentes penales “correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros” (o “antecedentes irrelevantes para la concesión del beneficio de suspensión”³²).

Del mismo modo, el AAP de Madrid, de 13 de enero de 2017 acuerda suspender la pena a pesar de que se trata de un delincuente no primario, en tanto lo considera procedente puesto que “lleva tiempo sin delinquir y ha cumplido las penas anteriores, que afectan al mismo bien jurídico (delitos de robo) y se ha esforzado por hacer frente al pago de la responsabilidad civil”³³.

³² AAAP de Barcelona, de 8 de mayo de 2017 (JUR\2017\193170) y de 18 de septiembre de 2018 (JUR\2018\6238).

³³ A efectos de acordar la suspensión de la pena, es importante distinguir entre la

En relación a la satisfacción de la responsabilidad civil el objetivo de este precepto es reforzar la protección a la víctima del delito, por lo que este requisito adquiere en la práctica gran importancia a la hora de conceder o no la suspensión. Así se pronuncia el AAP de Asturias, de 29 de mayo de 2017 cuando señala que “Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1.^a y 2.^a del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen”³⁴.

Queda claro que la discrecionalidad en el ámbito de la suspensión ordinaria es considerablemente amplia, sin embargo, para que se pueda utilizar para poder aplicar los principios de TJ será necesario mejorar la formación de los operadores jurídicos y el diseño de un sistema para obtener la información necesaria para poder llevar a cabo esa valoración, como ya hemos mencionado.

El CP prevé la posibilidad de que, en relación a diversas circunstancias del condenado, se pueda aplicar una suspensión extraordinaria, regulando igualmente dichas cuestiones bajo una amplia discrecionalidad (Suspensión por satisfacción efectiva de la responsabilidad civil, suspensión para penados gravemente enfermos, suspensión en casos de drogodependencia, suspensión de la pena con imposición de otras obligaciones).

Lo más destacable de la nueva regulación es que la comisión de un nuevo delito por parte del condenado durante el plazo de suspensión de la pena no llevará en todo caso a su revocación; mientras que en la anterior regulación suponía una revocación automática.

Según la nueva redacción del CP la condena por un delito cometido durante el período de suspensión, supondrá la revocación de la suspensión, siempre que se ponga de manifiesto que “la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida” y en consonancia con ello, el AAP de Madrid, de 4 de mayo de 2017 valora que a pesar de haberse cometido un delito en el periodo de suspensión, dada la escasa entidad del mismo y teniendo en cuenta circunstancias personales de la penada, tanto en el ámbito familiar como laboral, se entiende que “la revocación de la sus-

peligrosidad y los modelos de reincidencia que recoge el CP, reiteración y habitualidad delictiva.

34 AAP de Asturias, de 29 de mayo de 2017 (JUR\2017\215733).

pensión de la ejecución perjudicaría su definitiva rehabilitación y reinserción social, que parece asegurada por la estabilidad personal y laboral evidenciada por la documentación adjunta”³⁵.

También dará lugar a la revocación de la suspensión el incumplimiento de forma grave o reiterada de las prohibiciones, deberes o condiciones que le hubieran sido impuestos, pero teniendo en cuenta que, si no existe tal carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá o bien imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.

Finalmente, cabrá revocar la suspensión cuando el penado aporte información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; incumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o aportación de información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio. En relación a este último inciso no cabrá entender como falta de cumplimiento el abono irregular de la responsabilidad civil³⁶.

3. FORMACIÓN DE OPERADORES JURÍDICOS

Claras ya las necesidades de los usuarios del sistema judicial y las herramientas que la legislación pone a disposición del juez para aplicar principios de TJ, podemos colegir que tanto en relación a la víctima como el victimario el ordenamiento jurídico a través de las reformas introducidas en el CP e 2015, la inclusión de algunos ADR en el proceso penal, y la redacción de el

³⁵ AAP de Madrid, de 4 de mayo de 2017 (JUR\2017\166567). En relación al modo de acceder a esta información por parte del tribunal, se recoge en el auto mencionado que “el escrito de apelación hace referencia a una serie de circunstancias familiares y personales documentadas en el recurso de reforma como son la inscripción del penado como pareja de hecho de otra persona (doc.1), la convivencia con los hijos de su pareja (doc. 2 y 3), el contrato de arrendamiento de vivienda que constituye el domicilio familiar (doc. 4 y 5), el contrato de trabajo inicial del apelante y la subrogación en el contrato de otra empresa (documentos 5 y 6) y últimas nóminas percibidas (doc. 8 a 10); dicha documental se presentó supuestamente con la reforma pero no aparece en el testimonio pese a que la parte solicitó testimonio de todo lo actuado, sin que tengamos duda de su existencia dado que no consta en autos ninguna mención a lo que sería una llamativa falta de presentación de documentos que habría de haberse puesto de manifiesto por diligencia o al menos en la providencia de admisión a trámite del recurso”.

³⁶ AAP de Asturias, de 14 de febrero de 2017 (JUR\2017\83098).

EVD en relación a las víctimas abre un nuevo escenario para la aplicación de los principios de la TJ para el que las infraestructuras de la Administración de Justicia no se encuentran del todo preparadas.

En relación a las víctimas, existen necesidades, como se ha mencionado, que no satisface el proceso penal, y que todavía no existen figuras que participen de esa labor. Por otro lado, en relación con el victimario, un estudio conjunto de la reforma del CP junto con la aplicación práctica que refleja la jurisprudencia mencionada al respecto, muestra que aunque existen resoluciones en las que se hace uso de esa discrecionalidad que se otorga al juez para conceder la suspensión de la pena, en la mayor parte de los casos se trata de decisiones que provienen del examen de datos objetivos (enfermedad, peligrosidad, habitualidad delictiva..) y son escasas las ocasiones en los que se lleva a cabo un examen de las circunstancias personales y sociales del penado de forma pormenorizada y conjunta.

Y es que cabe destacar que no existe un cauce específico previsto para la entrega o requerimiento de la documentación o información que pueda ayudar al juez a crear una imagen fidedigna de las circunstancias de tipo más subjetivo que rodean al penado (circunstancias sociales, familiares, laborales, médicas...). En el AAP de Madrid de 4 de mayo de 2017 queda constancia de que el penado, al que le fue denegada la suspensión de la pena, aporta en apelación la documentación necesaria para que el juez pueda valorar sus circunstancias personales, y de hecho es gracias a esta información que, a pesar de haber delinquido en el periodo de suspensión de la pena, que se decide finalmente no alterar dicha medida en aras de no actuar en contra de su resocialización.

Se evidencia por un lado una escasa formación multidisciplinar de nuestros operadores jurídicos, y además pone de manifiesto una dificultad de los jueces para contar con informes periciales que les permitan conocer detalles necesarios para la individualización de la pena de acuerdo con los postulados de la TJ.

Como mencionamos ya, el ejemplo paradigmático de aplicación de los principios de TJ en lo que se refiere al victimario es su uso en el caso de delincuentes drogodependientes, para los que esa adicción supone un elemento causal de la comisión del delito, y que de hecho como ya se ha señalado es en este contexto en el que tiene su origen la TJ a través de los denominados tribunales de drogas, que como se ha mencionado el funcionamiento de los mismos se estructura en varias fases que permiten que un equipo multidisci-

plinar participe y se vaya perfilando un mecanismo de actuación como hemos indicado:

- Selección de casos por el MF que comprueba que cumplan los requisitos legales

- Un equipo psicosocial entrevista al infractor y remite un informe el juez y al abogado

- Audiencia preliminar ante el Juez con el infractor para establecer su inclusión en el programa de desintoxicación (antes de celebrarla se informa a víctima testigos por si quisieran asistir)

- Audiencias de seguimiento (modificación o revocación)

- Audiencia de egreso

En síntesis, para poder avanzar en esta cuestión que es la humanización de la justicia, toda vez que el legislador ya ha puesto de su parte incluyendo procesos y herramientas que permitan la aplicación de los principios de la TJ en nuestro ordenamiento, el siguiente paso será formar a nuestros operadores jurídicos adecuadamente para que su aplicación sea más eficaz para la consecución de los objetivos de la TJ.

3.1. Rol del juez

Es importante dejar claro que, aunque el juez deberá aplicar los principios de TJ tanto en relación a la víctima como del victimario, nos referiremos en mayor grado a su labor respecto del infractor.

Las necesidades de la víctima en el seno del proceso serán sobre todo necesidades de protección, y de reparación. En relación a las primeras, el juez velará porque las mismas se cumplan tal y como establece la Ley, en relación con la segunda cuestión el juez podrá, si la Ley lo permite, y ahí deberá valorar el juez si es oportuno, derivar el caso a una mediación, por ejemplo.

Será importante en este sentido que el juez conozca qué implica la derivación del caso, qué asuntos son mediables, y si las partes están preparadas para participar en una mediación.

En relación a la derivación además debe conocer cuándo es adecuado en función del tipo de delito, si hablamos de delitos graves este tipo de encuentros sólo tendrían sentido en ámbito ya penitenciario, cuando el victimario esté cumpliendo condena ya que sólo de este modo garantizamos el derecho de defensa, la presunción de inocencia y ponemos en marcha todas las garantías que el proceso penal despliega que permitan determinar y probar los he-

chos, si existe culpabilidad, en qué grado y todo ello a través de la seguridad de una sentencia firme. Además, en estos casos sólo en este momento podrá darse un verdadero arrepentimiento, que sólo vendrá dado por el paso del tiempo. Como filtros de adecuación igualmente participarán por lo tanto el fiscal y un equipo multidisciplinar que valore la idoneidad de las partes para participar en una mediación.

Para llevar a cabo una valoración adecuada será necesario conocer algunos conceptos relacionados con la TJ, como el concepto de victimación secundaria y qué mecanismos existen en nuestro ordenamiento jurídico para evitarla; protegiendo la víctima de ella a lo largo del proceso penal, y también en el caso de que el juez decida derivar el asunto a una mediación valorar si la participación en el mismo sería positiva para la reparación o si podría suponer una victimación secundaria. Esto es, si el victimario cumple con los requisitos necesarios para que esto no ocurra, y para ello deberá valerse de la labor de un equipo multidisciplinar que le asista. Sin embargo, ese apoyo no le eximiría de conocer el funcionamiento de la mediación penal o de un encuentro restaurativo, para finalmente decidir sobre la idoneidad o no de una derivación, y es que una derivación no adecuada puede provocar efectos muy negativos en las partes, sobre todo la víctima.

En relación a la valoración que el juez realizará de la capacidad de las partes de participar en una mediación o encuentro restaurativo, por ejemplo, requerirá del que el tribunal que conozca y utilice adecuadamente los sistemas de apoyo para víctimas, que podrán, como señalaremos más adelante participar en la valoración desde otras ópticas (social, psicológica). Además estos servicios podrían prestar su servicio ya sean en relación a la comprensión del proceso o apoyo psicológico, ya que normalmente la reparación se dará fuera del proceso, aunque es cierto que existen ejemplos de aplicación de TJ en lo que se refiere a su reparación dentro del propio proceso judicial, como el caso Nassar en Estados Unidos, en el que las a las víctimas de delitos de agresiones sexuales se les da la posibilidad de expresar públicamente a su agresor cómo se sienten, como contrapartida al beneficio que recoge ese victimario al conformarse con la pena.

En cualquier caso, el juez deberá conocer no sólo los mencionados conceptos y procesos, sino también el funcionamiento y cometido de los servicios de apoyo.

En relación al victimario hemos mencionado que la situación del infractor entraña particularidades que son susceptibles de valorar por el tribunal para

aplicar los principios de TJ, cuando hablamos de la suspensión de la pena, y es que algunos de estos aspectos a valorar no son estrictamente jurídicos, y es por ello que el juez para poder valorar todos los aspectos que rodean al infractor será necesario que maneje y se exprese con empatía, y que aprenda cómo reconocer y tratar los problemas que rodean al infractor, aplicando conceptos de la psicología y la motivación.”³⁷

Esta formación tendrá una consecuencia directa no sólo en la aplicación de las normas, favoreciendo la humanización de la justicia, sino también tendrá un efecto sobre los infractores y su modo de participar en el proceso, en tanto las personas que participan en un proceso judicial cumplen de un modo más eficaz las órdenes judiciales cuando se sienten escuchadas (se les da voz, la posibilidad de contar tu historia) y su versión es validada por el tribunal (sensación de que el juez toma en serio y en consideración para su decisión lo que está relatando)³⁸. Por lo tanto, es de vital importancia aprender a estructurar las prácticas judiciales de un modo terapéutico.

También es importante entender cómo manejar los sentimientos de coacción por parte del infractor, ya que no siempre aquellos que se acerquen a participar lo harán del mismo modo.

Un hilo conductor de esta actividad del juez y por lo tanto de cómo estructurar esas prácticas procesales será la comunicación. La comunicación del juez con el infractor debe ser imparcial, empática y practicar la escucha activa, ya que es el modo de llegar a conocer cuestiones que rodean al hecho (problemática familiar, social, drogas...). Es igualmente importante que esté dispuesto a trabajar en equipo, en tanto como hemos mencionado en este proceso participarán profesionales de diferentes ramas, conocer por lo tanto cual es el cometido de cada uno de ellos y cómo puede apoyarse en sus conocimientos a la hora de tomar su decisión, como por ejemplo la consecución de un plan para la reinserción laboral.

En esta línea sería igualmente satisfactorio que el juez adquiriese conocimientos en solución de conflictos, en tanto los métodos de ADR fomentan la comunicación, la imparcialidad y la flexibilidad.

En nuestro sistema judicial la TJ no se encuentra implementada a través de un procedimiento específico como por ejemplo ocurre como hemos visto en los tribunales de drogas, y por lo tanto, existe la posibilidad como hemos visto de decretar la suspensión o sustitución de la pena, pero no se crea una

37 Tribunal de Tratamiento de Drogas en Chile, Fundación Paz Ciudadana, 2010, pág 71.

38 Idem.

situación ad hoc para cada infractor al hilo de sus circunstancias. Si así fuera sería importantísima la labor de derivación a cada uno de esos “programas específicos”, entendiendo el concepto de derivación aquí como la inclusión de esos infractores en los programas de reinserción, ya sea en relación a una problemática de adicción a alguna sustancia o de otro tipo.

Como ya mencionamos será necesario manejar cuestiones que van más allá del derecho, que se relacionan más con las ciencias sociales y que promueven una rehabilitación, y por lo tanto será necesario recabar esa información a través de informes clínicos y a través de entrevistas con el infractor.

En relación a esta última cuestión es importante el modo en el que se deben realizar las preguntas, por ejemplo, podría ser, propone WEXLER³⁹ que el juez detecte que una persona lleva a cabo determinadas actuaciones delictivas cuando se acompaña de un grupo determinado de personas, y se tratará en este caso de tratar esa cuestión aludiendo por ejemplo a modos para evitar situaciones de alto riesgo, entendiendo riesgo como alta probabilidad de comisión de un delito. El juez va a encarnar una figura de autoridad frente a ese infractor, por lo que su actuación tiene efectos directos, tanto sus refuerzos como sanciones (refiriéndonos siempre tanto a reconocimientos como sanciones de tipo social y no de otro tipo).

Además, y como hemos mencionado, sólo si la aplicación de la TJ se traduce también en la celebración de una mediación penal o un encuentro restaurativo el juez actuará como filtro de adecuación, en tanto en lo que se refiere al infractor éste no sólo deberá prestar su consentimiento sino también, reconocer los hechos según esta norma⁴⁰. El envío o derivación a mediación de un caso no es en general automático cuando se trata de cuestiones penales; normalmente, los operadores judiciales-que podrán ser el Juez, el LAJ, personal de la oficina judicial-, individual o conjuntamente, observan el cumplimiento de una serie de factores como apariencia de culpabilidad, como pueden ser la flagrancia o defensa no basada en negación de los hechos delictivos, la no reincidencia y actitud del agresor. Sin embargo, para participar en el proceso de mediación, en su caso, sí será un criterio primordial la asunción de los hechos o de un principio de aproximación a los hechos, como en caso de flagrancia o agresiones cruzadas. También podrá tener en cuenta otros criterios como que

39 Vid: WEXLER, D, *Teoría Jurídica Terapéutica, los jueves y la rehabilitación*, <http://centrointeramericano.org/tutoriales.htm>, 2002.

40 Art. 15.b) El infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad; art. 15.d) el infractor haya prestado su consentimiento.

las partes tengan una voluntad claramente colaboradora, pueda existir una relación previa entre ellas, o exista en el futuro, el agresor sea delincuente primario, se trate de un delito de características especiales, etc.

La cuestión de la apariencia de culpabilidad es problemática a efectos de defensa del imputado, por lo que en la mayoría de los programas se asumen casos de mediación o justicia restaurativa cuando exista flagrancia, o la defensa del imputado se base en otro criterio diferente a la no participación en los hechos punibles⁴¹.

En la mayoría de los programas no se permite la participación en procedimientos de Justicia Restaurativa cuando el agresor es un delincuente habitual o es reincidente, por los motivos explicados anteriormente.

Por lo tanto, para poder aplicar satisfactoriamente los principios de la TJ El juez, además de su formación específica deberá formarse en comunicación (escucha activa, asertividad y como realizar una comunicación más sencilla), tratar conocimientos de ADR (sus características, requisitos para la participación en los mismos, su carácter flexible, sus objetivos) y conocimientos del funcionamiento de otros servicios de apoyo para poder servirse de los mismos de un modo adecuado, además debe de contar con conocimientos de derivación, y trabajar habilidades como la empatía y la motivación, todas ellas serían cuestiones principales de la formación de los jueces.

3.2. Rol del Fiscal

El Fiscal participará sobre todo de la aplicación de principios de TJ en lo que al victimario se refiere. Si hablamos de un sistema como los mencionados

41 Señala AGUIRRE PEDRAYES que, en algunos programas, como el que nos pone sobre la mesa en base a la experiencia en programas de mediación penal en país vasco, existen diferentes criterios en base a la fase en la que se realice la derivación. Estos criterios, comunes a las tres fases, señala AGUIRRE tienen una doble vertiente:

a) *criterios subjetivos (condiciones subjetivas de las personas que protagonizarían la resolución mediada, tanto en función de sus diversas capacidades personales como de la situación coyuntural en que se encuentren, y significación subjetiva del hecho, al margen de su calificación jurídico-penal) ;*

b) *hechos flagrantes o cuando existan claros indicios de criminalidad. y/o servicios comunitarios.*

AGUIRRE PEDRAYES, “La mediación como herramienta de la justicia”, en La experiencia de la mediación penal en la Comunidad Autónoma de Euskadi, Servicios jurídicos centrales del Gobierno Vasco, pág. 8.

tribunales de drogas ahí el Ministerio Fiscal tendría un papel muy claro, que se concreta en la selección de los casos que pasarán a los programas específicos. No es este nuestro caso. Mencionamos también la importancia de que se crease un cauce a través del cual el juez reciba información relevante sobre el infractor para poder valorar su situación a la hora de tomar decisiones en relación a la pena a imponer, quizá aquí el Ministerio Fiscal como garante de la legalidad podrían servir de cauce, entre otros, para poner en conocimiento del juez esta información, o al menos parte de ella.

Para que se lleve a cabo una recogida de información útil es necesario comprender el objetivo de la TJ, y por lo tanto qué temas son relevantes para el juez a la hora de tomar las decisiones. Para ello el fiscal debe desempeñar un papel ya no tan adversarial, sino más colaborativo dispuesto a trabajar en equipo mostrándose permeable a conocimientos de otros especialistas en lo que se refiere a modos terapéuticos de actuar. Aprender a interactuar con las partes por lo tanto a través de un lenguaje simple, donde se propicie una comunicación fluida y cercana, eliminando tecnicismos legales, generando generando contacto con la persona.

Ahora mismo el mecanismo es justamente al revés si pensamos por ejemplo en la mediación penal intrajudicial. Si se tratase de una derivación que se produce en el seno del proceso judicial la derivación se llevaba a cabo⁴² por el juez en función de los hechos y las declaraciones de las personas implicadas, se da traslado al Ministerio Fiscal para que muestre su conformidad y, mediante una providencia, se determina la selección. Posteriormente el LAJ, llama a los abogados defensores personados en la causa para informarles de que el asunto en el que se encuentran personados ha sido seleccionado para llevar a cabo una mediación, y procede a enviar a las partes, por correo, una carta personalizada invitándoles a participar, con información básica sobre el proceso de mediación.

El papel del fiscal no es crucial, un mero trámite en el que debe mostrar su conformidad. Sin embargo, para ello es importante conocer el alcance de la TJ y de los mecanismos que la aplican.

42 Vid: RÍOS MARTÍN, J. C. La mediación penal: acercamiento desde perspectivas crítica d s del sistema penal. En *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación. Estudios de Derecho Judicial*, 111, 2007.

3.3. Rol del equipo psicosocial y las denominadas “Oficinas de atención a las víctimas”

Es claro que si es el juez el que finalmente toma la decisión de derivar a las partes a un encuentro, o derivar a un victimario a un programa, o aplicar en su caso una sustitución o suspensión de una pena debe hacerlo en base a una información previa, completa, veraz y útil. Es por ello que venimos mencionando la necesidad de crear un procedimiento para esta cuestión, y en la que podría participar el mismo el fiscal, como operador jurídico que participa también en la investigación del delito, pero como hemos señalado es necesario que el equipo sea multidisciplinar y es por ello que debería existir un equipo psicosocial de apoyo. En los mencionados tribunales de drogas este equipo está formado por un psicólogo y un trabajador social que aportarían conocimientos en evaluación diagnóstica, son profesionales de la salud mental, aportan conocimientos sociosanitarios que se conjugan con los jurídicos.

Y es que en ocasiones los comportamientos delictivos vienen determinados por diferentes complejidades, su historial personal, sus características, sus experiencias traumáticas, habilidades, fragilidades, familia, vecinos, amigos, vecindario, entorno social, laboral... Son numerosas variables que una formación específica permite conjugar, entender y valorar.

Por lo tanto, además de su formación específica igualmente necesitarán desarrollar sus habilidades comunicativas para poder llevar a cabo entrevistas fructíferas, a la par que deberán adquirir algún conocimiento del proceso para conocer su funcionamiento y necesidades del juez para poder recabar y plasmar la información adecuadamente.

En nuestro caso quizá esta labor podrían asumirla las oficinas de atención a las víctimas, que como su propio nombre indica fueron creada para velar por las víctimas de los delitos, cuentan en su organigrama con profesionales de la psicología y el trabajo social y por lo tanto podrían desarrollar no sólo la labor de defensa de la víctima y de su reparación integral, y su atención; sino también la de contacto con los infractores para velar por su rehabilitación, y es que algunos autores, con un planteamiento sociológico quizá difícilmente asumible desde un punto de vista jurídico, mencionan la posibilidad de incluir dentro del concepto de víctima al ofensor, en cuanto es sujeto pasivo de la llamada victimización terciaria, entendiendo que pueden ser objeto de abusos policiales, o del excesivo uso de medidas cautelares, incomunicación, medidas contrarias a la dignidad humana, la estigmatización del condenado

etc.⁴³. En esta línea la clasificación de víctimas de BOLLE⁴⁴, se refiere en último término a aquellos que son “víctimas de ellos mismos”.

Tanto a nivel estatal como autonómico se ha planificado la creación de oficinas de atención a las víctimas, y así lo pone de manifiesto el Estatuto de la Víctima. Sería un estupendo recurso a utilizar no sólo de cara a las víctimas, y a su atención de acuerdo con las necesidades mencionadas posconflicto, emocionales, laborales... prestándoles un apoyo emocional y asistencial; sino también de cara a los victimarios que pudiesen reunir algunas características determinadas, ayudar en su rehabilitación participando de las entrevistas y llevando a cabo un seguimiento paralelo junto con los tribunales. Para que estas labores se desarrollen de un modo óptimo será necesario que los tribunales conozcan sus funciones y funcionamiento y que las oficinas igualmente conozcan las funciones y necesidades de los jueces para poder hacerles llegar los informes con la información y datos adecuados, estableciendo además un canal idóneo para ello fomentando el trabajo conjunto multidisciplinar.

3.4. Rol del abogado de la defensa

En los casos en los que existe un infractor con unas características particulares el abogado no debe abandonar su labor de desarrollar una defensa técnica del infractor, pero igualmente debería velar por su rehabilitación, y por lo tanto deberá conocer en profundidad cuáles son sus posibilidades. Debe informar sobre sus posibilidades y consecuencias. La mayor parte de las ocasiones estas personas cuentan con pocos recursos, lo cual puede provocar que el abogado prefiera finalizar pronto ese caso para pasar al siguiente, sin embargo, esto no sería muy terapéutico desde el punto de vista de la TJ. Hacerle saber que él también es importante es terapéutico, asumiendo así una representación adaptada al proceso⁴⁵. Equilibrar debido proceso y salud, es aplicar la TJ orientada a resultados⁴⁶.

43 Vid. RODRÍGUEZ URIBES, J.M., *Las víctimas del terrorismo en España*, 2013, pág. 80.

44 BERISTAIN IPIÑA, A. *La Dignidad de las Macrovíctimas Transforma la Justicia y la Convivencia*, Madrid, 2010, pág. 476.

45 Tribunal de Tratamiento de Drogas en Chile, Fundación Paz Ciudadana, 2010, pág. 104.

46 Idem.

3.5. Rol mediador

Al hablar de las necesidades de víctima y victimario mencionamos la labor del mediador en lo que se refiere a asegurar sus derechos a la hora de participar en un proceso restaurativo.

Se ha señalado ya que el mediador o facilitador cuenta entre sus funciones con la de valorar la buena fe de las partes, el buen desarrollo del procedimiento y la conveniencia o no de continuar con el procedimiento.

La labor del mediador es crucial, ya que es él el que hará posible ese diálogo favoreciendo situaciones de simetría, igualdad, etc., y orientará las conversaciones.

En todo ello el factor de su experiencia previa es crucial, y así deja constancia gran parte de la doctrina.

En este sentido MARSHAL⁴⁷ admite que para tratar con asuntos de cierto calado, los mediadores deben tener experiencia, y tratar en un primer momento los casos menos graves y a medida que adquieren experiencia hacerse cargo de las situaciones más graves. El éxito de las medidas de reparación depende de más consideraciones personales, como actitud de las partes, sentimientos, motivaciones y situaciones sociales, más que las características formales, como la edad o la infracción legal.

Se requiere para estos casos unas destrezas especiales para ser mediador que permitan manejar una mayor intensidad emocional en su desarrollo⁴⁸. En este sentido se podría requerir haber acumulado un cierto número de horas de experiencia, un cierto bagaje, y conocimientos el proceso penal, sus implicaciones para las partes implicadas, y debería servirse igualmente de los profesionales del equipo psicosocial para llevar a cabo esas primeras entrevistas que determinarán la preparación, o no, de las partes para participar en el mencionado encuentro o mediación.

3.6. Rol de la Policía

Se apunta que en el caso de los tribunales de drogas⁴⁹ en numerosas oca-

47 MARSHALL T. *Restorative justice: an Overview*. Londres: Home Office, 1999, pág. 8.

48 BARONA VILAR, S., “Mediación Penal: Un instrumento para la tutela penal”, *RPJ*, núm. 94, 2012, pág. 26.

49 Tribunal de Tratamiento de Drogas en Chile, Fundación Paz Ciudadana, 2010, pág 71.

siones los delincuentes reincidente son conocidos por la policía, y además a través la denuncia en ocasiones la policía tiene información útil de cara a una aplicación de medidas de TJ sobre esas personas.

4. CONCLUSIONES

La formación de los operadores jurídicos en TJ es todavía escasa, y es una consecuencia directa de que en realidad no existe una clara inclusión de los principios de la TJ de un modo más explícito en nuestro ordenamiento jurídico.

Quizá la creación de unos cauces propios para determinadas situaciones (como los mencionados tribunales de drogas), o el diseño de un reparto de tareas entre un grupo de profesionales que configurasen un equipo multidisciplinar, ayudaría a la consecución de ese objetivo de humanizar la justicia, ya que se pondrían los medios para facilitar su inclusión en el sistema lo cual provocaría un efecto directo en la práctica de los tribunales, ya no sólo por el mero hecho de verlo materializado, sino por la facilitación de la toma de decisiones pudiendo basar la misma en datos e información completa y adecuada sobre el infractor, o sobre las necesidades de la víctima.

Por lo tanto, antes de la formación de los operadores jurídicos quizá sería necesario diseñar un protocolo de actuación en el que se determinase cuál sería el cometido de cada uno de los operadores jurídicos en este sistema de justicia que busca su humanización, para luego poder llevar a cabo una formación adecuada.

El éxito de la TJ vendrá siempre de la mano del desarrollo de un trabajo multidisciplinar de todo un equipo. Las herramientas que la legislación pone a nuestro alcance , que se concretan desde un punto de vista muy general, para el infractor en la suspensión de la pena y la sustitución de la pena , y para la víctima en la búsqueda de una reparación integral, se hacen depender de la discrecionalidad del juez, lo cual con la formación adecuada y el trabajo de un equipo con la formación idónea el resultado de su labor de recopilación y entrevista con las partes de un modo adecuado no tiene por qué significar necesariamente un fracaso en la aplicación de los principios de TJ.

Como hemos señalado, los asuntos principales a tener en cuenta a la hora de llevar a cabo esa formación de nuestros operadores jurídicos serían los ADR, el concepto de victimación secundaria, concepto y alcance de la derivación y ampliar conocimientos en comunicación, lo cual englobaría empatía,

escucha activa, asertividad, motivación... Del mismo modo una vez que se instaurasen las oficinas de atención a las víctimas, delimitar funciones y cauces de comunicación directa entre éstas y los tribunales sería lo más adecuado para que ambas figuras pudiesen colaborar y que los resultados sean de verdad el reflejo de un trabajo multidisciplinar que se desarrolle en pro de las partes implicadas y de la sociedad en general.

Pero para que todo ello finalmente tenga sus frutos el primer paso es lograr una sensibilización de los operadores jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE PEDRAYES, “La mediación como herramienta de la justicia”, en La experiencia de la mediación penal en la Comunidad Autónoma de Euskadi, Servicios jurídicos centrales del Gobierno Vasco.
- DROPPELMANN ROEKE, C. (edit.), Tribunales de Tratamiento de Drogas, Santiago de Chile, 2010.
- GOYENA HUERTA, J., “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma del Código Penal de 2015”, Revista de Derecho y Proceso Penal, núm. 38, abril-junio 2015.
- Guía elaborada por el Consejo General del Poder Judicial, “Criterios de derivación” y la información en la web del CGPJ sobre la mediación penal <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Juzgados%2Dque%2Dofrecen%2Dmediacion/Juzgado%2Dque%2Dofrecen%2Dmediacion%2DPenal/relacionados/LA%2DMEDIACION%2DEN%2DEL%2DPROCESO%2DPENAL>
- MARTINEZ SOTO, T., “Propuesta de guía a seguir para el tratamiento de delitos graves en una mediación penal” en Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la LO 1/2004, Dir. CASTILLJO MANZANARES, R., 2014, Santiago de Compostela.
- MORALES QUINTERO, L.A., AQUILAR DÍAZ, M^a.B., “Justicia Terapéutica: barreras y oportunidades para su aplicabilidad en México”, en Justicia Terapéutica: experiencias y aplicaciones (comp. Wexler, Fariña, Morales y Colín), INACIPE, Puebla, 2014.
- OLALDE ALTAREJOS, J.I., “La práctica de la justicia restaurativa en Euskadi: miradas del trabajo social”, Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos, Cuadernos Penales José María Lidón, núm. 9, 2013.
- PASCUAL RODRÍGUEZ, E., “La experiencia práctica de la mediación penal en Madrid”, en Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso, Martínez Escamilla, M., Sánchez Álvarez, M. P. (coors.), Madrid.
- PILLADO GONZÁLEZ, E., “La justicia terapéutica y sus manifestaciones en el proceso penal español” en Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia (ed. Barona Vilar), Ed. Civitas, Valencia, 2016.
- PILLADO GONZÁLEZ, E., y MARTÍNEZ SOTO, T., “Aplicación judicial de la suspensión de la ejecución de pena privativa de libertad. Una visión desde la Justicia Terapéutica” en *Derecho y proceso. Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez*, Coord. CACHÓN CADENAS, M., Atelier, 2018.
- RÍOS MARTÍN, “Justicia Restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008).
- RODRÍGUEZ URIBES, J.M., Las víctimas del terrorismo en España, Madrid: Dykinson, 2013.
- SÁEZ VALCARCEL, R., “Mediación Penal. Reconciliación, perdón y delitos graves. La emergencia de las víctimas”, en Reforma penal: Personas jurídicas y tráfico de drogas; Justicia restaurativa. Cuadernos penales José María Lidón Núm. 8, 2011.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I., “Los derechos de las víctimas: su plasmación en el proceso penal”, PJ, núm. 54.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I., “La viabilidad de la justicia terapéutica, restaurativa y procedimental en nuestro ordenamiento jurídico”, en Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos, *Cuadernos penales José María Lidón* Núm. 9, 2013.

Tribunal de Tratamiento de Drogas en Chile, Fundación Paz Ciudadana, 2010.

WEXLER, D, Teoría Jurídica Terapéutica, los jueves y la rehabilitación, <http://centrointeramericano.org/tutoriales.htm>, 2002.

WEXLER, D.B., WINICK, B.J. (eds.), *Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence*, Durham, NC: Carolina Academic Press, 1996.

CAPÍTULO IV

DESISTIMIENTO EN SUPUESTOS DE DELITOS LEVES Y CONFORMIDAD CON MANIFESTACIONES DE JUSTICIA TERAPÉUTICA

M^a Dolores Fernández Fustes
Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. 3. DESISTIMIENTO DE LA INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE DE REFORMA: 3.1. Requisitos. 3.2. Efectos. 4. SOBRESEIMIENTO A PROPUESTA DEL EQUIPO TÉCNICO. 5. LA CONFORMIDAD EN EL PROCESO PENAL DE MENORES: 5.1. La conformidad en la fase intermedia o de alegaciones. 5.1.1. Requisitos. 5.1.2. Efectos. 5.2. Conformidad durante la audiencia: 5.2.1. Requisitos. 5.2.2. Efectos.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, ha diseñado un modelo de proceso penal del menor con un carácter marcadamente educativo. Esto supone abandonar el significado retributivo de la pena y concebir la sanción del menor infractor como un instrumento que facilita su reeducación y su resocialización. En este sentido lo pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos, en su apartado I.4, al señalar que «la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable».

Precisamente, esta finalidad educativa y socializadora aconseja en algunos supuestos la búsqueda de mecanismos para solucionar extrajudicialmente el conflicto, a través de una intervención desjudicializada que evite la estigmatización que puede ocasionar la tramitación del proceso sobre el menor que ha delinquido.

En esta línea el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea», (2006/C 110/13), de 15 de marzo de 2006, afirma, en su apartado 4.1, que “exis-

ten, pues, otras alternativas posibles para responder a la delincuencia juvenil, dejando aparte el sistema de internamiento tradicional. Así, las nuevas orientaciones internacionales se dirigen –sin menoscabo de las necesarias medidas educativas de privación de libertad cuando ello sea imprescindible– hacia sistemas sustitutivos o complementarios a las mismas, para que el tratamiento de los menores sea más eficaz y, sobre todo, más educativo para su desarrollo personal y socioprofesional”. Así, prosigue en su apartado 4.3., “frente al concepto de justicia retributiva (pagar por el daño causado) ha emergido una concepción restaurativa o reparadora de la justicia (restorative justice) nacida con el movimiento político-criminal a favor de la víctima –victimología– y la recuperación del papel de ésta en el proceso penal. La justicia restaurativa es el paradigma de una justicia que comprende a la víctima, al imputado y a la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictivo, con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectiva. La justicia restaurativa intenta proteger tanto el interés de la víctima (el ofensor debe reconocer el daño ocasionado a ésta y debe intentar repararlo) cuanto el de la comunidad (dirigido a lograr la rehabilitación del ofensor, a prevenir la reincidencia y a reducir los costos de la justicia penal) y el del imputado (no entrará en el circuito penal, pero le serán respetadas las garantías constitucionales)”¹.

Estos mecanismos de solución extrajudicial son una clara manifestación del principio de oportunidad reglada que, como veremos, faculta al Ministerio Fiscal para no ejercitar la acción penal, a pesar de la existencia de un hecho que reviste caracteres de delito y de estar identificado su presunto autor, siempre que concurren determinados presupuestos previstos legalmente, y del principio de intervención mínima, que se hacen eco, de un lado, de las diversas directrices internacionales que aconsejan adoptar estrategias de desjudicialización en aras a una mejor protección de los intereses del menor y, de otro, de las actuales tendencias del derecho penal en las que se ha aumentado el interés por la protección de la víctima del delito, situando en un primer plano sus necesidades y potenciando su protagonismo. La LORPM acoge las siguientes modalidades de resolución del conflicto que suponen una desjudicialización del mismo: el desistimiento de la incoación del expediente de reforma (art. 18 LORPM); el sobreseimiento a propuesta del equipo técnico (art. 27.4 LORPM) y la mediación (art. 19 LORPM).

¹ En línea. Consultado el 29 de marzo de 2019. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006IE0414&from=ES>.

2. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Cuando el principio de legalidad preside el sistema procesal penal, el proceso penal necesariamente ha de iniciarse ante la sospecha de la comisión de un hecho que revista caracteres de delito. Así, mientras subsistan los presupuestos materiales que han originado la puesta en marcha del proceso penal y se haya descubierto al presunto autor del hecho delictivo, ni el Ministerio Fiscal pueda solicitar el sobreseimiento, ni el órgano jurisdiccional acordarlo.

En cambio, cuando un sistema procesal penal está informado por el principio de oportunidad, los titulares de la acción penal están autorizados a no ejercitar la acción penal, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma, e, incluso, a instar el sobreseimiento, una vez iniciado el proceso penal, a pesar de que concurren las circunstancias para la apertura del juicio oral².

El principio de legalidad, al igual que su contrapuesto, el principio de oportunidad, nos indican en qué condiciones debe ejercitarse y extinguirse la acción penal. Así, ante la sospecha de la comisión de una infracción penal, el principio de legalidad, que rige con carácter general en nuestro sistema procesal penal, obliga al inicio del correspondiente proceso penal sin que el Ministerio Fiscal pueda solicitar, ni el órgano jurisdiccional acordar, el sobreseimiento, salvo que desaparezcan los indicios de criminalidad contra el presunto delincuente. Frente a esto, el principio de oportunidad permite que, pese a la existencia de indicios claros de criminalidad, se desista de la incoación del procedimiento o incluso que se le ponga fin de forma anticipada cuando éste ya está en marcha. La aplicación de este principio de oportunidad está basada en razones de política criminal debiendo analizarse en el caso concreto si la incoación del proceso o su terminación anticipada pueden resultar beneficiosas para el imputado en particular, para la víctima y para la sociedad en su conjunto³.

2 GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), Colex, Madrid, 1999, pág. 110.

3 No realizaremos un análisis detenido del principio de oportunidad por exceder en gran medida el objeto de nuestro estudio. Para un estudio más amplio del mismo vid., entre otros, ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, 1991; S. CALLEJO CARRIÓN, Soraya, “El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *Diario La Ley*, núm. 6366, 24 de noviembre de 2005, pág. 2 (www.la-ley.net); CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, “El principio de oportunidad reglada: Su posible incorporación al sistema procesal español”, en *La reforma del Proceso Penal*,

En nuestro proceso penal de menores rige, con carácter general, el principio de legalidad. De ahí que en distintos preceptos de la LORPM se encuentren manifestaciones de este principio. El art. 1 LORPM dispone que la responsabilidad penal del menor sólo surge por la comisión de hechos tipificados legalmente como delitos o delitos leves⁴ en el Código Penal o las leyes penales especiales. El art. 7 LORPM define las medidas susceptibles de ser impuestas al menor y las reglas generales de determinación de las mismas. El art. 43 LORPM dispone que tales medidas sólo se pueden imponer al menor siguiendo el procedimiento previsto legalmente y que las medidas impuestas se deben ejecutar en la forma prevista por la LORPM y en los reglamentos de desarrollo.

Ahora bien, no cabe duda de que uno de los elementos determinantes, tanto del procedimiento como de las medidas a adoptar en el modelo de justicia penal juvenil vigente en España, es el interés superior del menor. De ahí que todo el sistema penal de menores debe estar orientado a buscar lo que es mejor para el menor, para su reeducación y resocialización, lo que exige incorporar al proceso penal de menores una serie de adaptaciones o especialidades procesales, que permitan que la respuesta penal ante la delincuencia

Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989, págs. 289 y ss.; DELGADO BARRIO, Javier, “El principio de oportunidad en el Proceso Penal Aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, en *La reforma del Proceso Penal*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989, págs. 311 y ss.; GIMENO SENDRA, Vicente, “El nuevo código procesal penal portugués y la anunciada reforma global de la justicia española”, en *Estudios de Derecho Procesal en honor a Víctor Fairén Guillén*, Valencia, 1990, págs. 241 y ss.; GIMENO SENDRA, Vicente, “Los procedimientos penales simplificados”, *Justicia*, 1987, pág. 355; HASSEMER, Winfried, “La persecución penal: Legalidad y oportunidad”, *Jueces para la Democracia*, núm. 4, sept. 1988, págs. 8 y ss.; LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, págs. 35 y ss.; MONTERO AROCA, Juan, *Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, 1997, págs. 71 y ss.; MORENO CATENA, Víctor, “La justicia penal y su reforma”, *Justicia*, 1988, págs. 313 y ss.; PEDRAZ PENALVA, Ernesto., “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, en *La reforma del Proceso Penal*. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989, págs. 323 y ss.; RUIZ VADILLO, Enrique, “El principio de oportunidad reglada”, en *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989, págs. 389 y ss.

4 Tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, las menciones a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves.

juvenil se adapte a lo que aconseja el interés del menor en cada caso, es decir, que permitan adoptar las decisiones y medidas más beneficiosas para la reeducación del menor en atención a sus circunstancias personales, educativas y sociales. Precisamente, es aquí es donde entra en juego el denominado principio de oportunidad.

En el marco del proceso penal de menores, el principio de oportunidad supone otorgar al Ministerio Fiscal y al Juez de Menores un margen de discrecionalidad para que, con el auxilio del Equipo Técnico, busquen y apliquen en cada caso concreto aquella solución que se ajusta mejor a las exigencias del interés superior del menor. No obstante, es necesario precisar que esta discrecionalidad del juez y del fiscal es limitada puesto que en nuestro derecho rige el principio de oportunidad reglada. Esto implica que será la propia Ley la que fije las condiciones en las que el juez y el fiscal pueden hacer uso de esta discrecionalidad⁵. Esta limitación en la aplicación del principio de oportunidad contrasta con la previsión que se contenía en el art. 15.1.1^a LO 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, que dejaba en manos del Ministerio Fiscal la incoación del expediente sin ninguna limitación (*“los que por razón de sus cargos tuvieran noticia de algún hecho que pudiera estar comprendido en el número 1 del art. 9 (delitos y faltas) deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual acordará, en su caso, la incoación del oportuno expediente...”*). Esta concepción amplia del principio de oportunidad chocaba con los principios de legalidad y seguridad jurídica, pues no precisaba los requisitos concretos para la no incoación del proceso penal.

La regulación del principio de oportunidad atiende no sólo al interés superior del menor, sino que además se hace eco del principio de subsidiariedad o intervención mínima del derecho penal buscando otras posibles soluciones que sean más educativas y menos represivas para el menor infractor. En este sentido, determinadas infracciones penales que en el Código Penal aparecen tipificadas para los adultos, quizá no tienen que ser necesariamente sancionadas cuando son cometidas por los menores de edad; precisamente porque el proceso penal debe ser la última opción a tener en cuenta en determinados casos, debiendo intentarse la descriminalización de conductas penales de escasa entidad o la búsqueda de soluciones alternativas que traten de resolver el conflicto penal de forma extrajudicial, favoreciendo la reeducación y resocialización del menor. A título de ejemplo podemos señalar las conductas

5 En este sentido pueden verse, a modo de ejemplo, los arts. 18 y 19 LORPM.

imprudentes tipificadas en el Código Penal, puesto que en muchas ocasiones la comisión de esa conducta por un menor se debe exclusivamente a la inmadurez propia de la edad juvenil.

Llegados a este punto, podemos afirmar que, pese a la vigencia del principio de legalidad en el proceso penal de menores, en la LORPM se prevén varias manifestaciones del principio de oportunidad reglada en distintos momentos del proceso e incluso de la fase de ejecución de las medidas impuestas⁶. Algunas de estas manifestaciones suponen una desjudicialización del conflicto, como, el desistimiento de la incoación del expediente de reforma (art. 18 LORPM); el sobreseimiento a propuesta del equipo técnico (art. 27.4 LORPM) y la mediación (art. 19 LORPM). Otras, sin embargo, suponen la finalización anticipada del procedimiento durante la fase de alegaciones o fase intermedia o al inicio de la fase de Audiencia o de juicio oral como la conformidad.

En cuanto a las manifestaciones del principio de oportunidad reglada que suponen una desjudicialización del conflicto, la primera que será objeto de análisis es el desistimiento de la incoación del expediente previsto en el art. 18 LORPM. En efecto, antes de decidir sobre la incoación del Expediente de Reforma, esto es, antes del inicio de la fase de instrucción propiamente dicha, y tras la práctica de las diligencias preliminares, el Fiscal puede acordar el desistimiento de la incoación del expediente siempre que concurren las circunstancias previstas en el art. 18 LORPM. Estas circunstancias, que se analizarán más detenidamente en el siguiente apartado, son: a) que los hechos denunciados estén tipificados en el Código Penal o en otras leyes penales especiales como delitos menos graves o delitos leves⁷; b) que, en el caso de tratarse de delitos menos graves, se hayan cometido sin violencia o intimidación en las personas; c) que el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza.

Una vez iniciado el expediente de reforma, va a ser posible que se decrete el sobreseimiento del expediente, además de por algunas de las causas pre-

6 Para GARCÍA INGELMO, Francisco Manuel, “El Fiscal y el principio de oportunidad en la Ley 5/2000”, *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, VI-2000, pág. 429, “no cabe hablar de principio de oportunidad en la fase de ejecución”, sino de principio de flexibilidad, pues considera que la propia naturaleza del derecho de reforma de menores requiere “necesariamente de una flexibilidad en la ejecución de la medida impuesta, que habrá de adaptarse a lo largo de su desarrollo a las posibles y mutables exigencias que imponga la reeducación e integración del menor en su medio familiar y social...”.

7 Tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, las menciones a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves.

vistas LECrim⁸ (art. 30.4 LORPM), por diferentes razones en aplicación del principio de oportunidad reglada. Así, en primer lugar, el Ministerio Fiscal podrá concluir la fase de instrucción e instar al Juez de Menores el sobreseimiento de las actuaciones cuando se haya producido la conciliación entre el menor y la víctima; cuando el menor haya asumido el compromiso de reparar el daño causado o cuando el menor se haya comprometido a cumplir una actividad educativa. (arts. 19 LORPM). Los requisitos de éste sobreseimiento por mediación serán analizados en el siguiente capítulo de este libro y se refieren tanto al hecho delictivo como al menor infractor. Así, para que se pueda llevar a cabo la mediación los hechos imputados al menor deben de estar tipificados como delitos menos graves o delitos leves, siendo prioritario que no se hayan cometido con violencia o intimidación grave. Pero la aplicabilidad de esta causa de sobreseimiento no va a depender únicamente de la calificación de los hechos delictivos y de su forma de comisión, sino también, en gran medida, de las circunstancias del menor que deberá valorar el equipo técnico. Según prevé el art. 27.3 LORPM, el equipo técnico valorará la conveniencia de llevar a cabo la mediación entre la víctima y el menor e informará sobre la posibilidad de que el menor realice una actividad reparadora o de conciliación con la víctima. Para ello atenderá, especialmente, a las circunstancias del menor, esto es, a su disponibilidad y voluntad de participar activamente en la solución del conflicto⁹, reconociendo para ello su responsabilidad por el hecho cometido y asumiendo las consecuencias.

8 La LECrim regula el sobreseimiento en los arts. 634 a 645. A tenor de lo dispuesto en el 634 LECrim podemos distinguir, por un lado, entre sobreseimiento total o parcial y, por otro, entre sobreseimiento libre o provisional.

El sobreseimiento es total cuando existe una pluralidad de investigados y la causa de sobreseimiento beneficia a todos ellos, por lo que se procederá al archivo de la causa para todos (art. 634.3º LECrim). Por el contrario, el sobreseimiento es parcial cuando, de esa pluralidad de investigados, el motivo del sobreseimiento sólo beneficia a alguno o algunos de ellos, por lo que el juicio oral se abrirá tan sólo respecto de aquellos no favorecidos por el sobreseimiento.

El Ministerio Fiscal podrá solicitar el sobreseimiento libre si concurre alguno de los motivos previstos en el art. 637 LECrim o el sobreseimiento provisional si concurre alguno de los del art. 641 LECrim.

Véase FERNÁNDEZ FUSTES, M^a Dolores, “Fase intermedia o de alegaciones”, en *Proceso Penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 215 y ss.

9 POZUELO PÉREZ, Laura, *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, (AA.VV.), Civitas, Navarra, 2008, pág. 277.

En segundo lugar, el Ministerio Fiscal podrá instar el sobreseimiento del expediente en interés del menor a propuesta del equipo técnico (art. 27.4 LORPM). Durante la instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal requerirá al equipo técnico la elaboración de un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social y, en general, sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la LORPM. En este informe, según prevé el art. 27.4 LORPM, el equipo técnico puede proponer la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor en dos supuestos: por un lado, cuando se hubiera expresado suficientemente al menor el reproche que merece su conducta a través de los trámites ya practicados. Esto es, cuando se considera que el simple hecho de que el menor haya estado sometido al proceso de menores hasta este momento constituye un reproche suficiente¹⁰. Por otro lado, cuando resulte inadecuada cualquier intervención por el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En este caso, debido a que ha pasado mucho tiempo desde que el menor cometió los hechos, el equipo técnico considera que carece de sentido llevar a cabo una actividad educativa.

Por lo que se refiere a las manifestaciones del principio de oportunidad reglada que suponen la finalización anticipada del procedimiento de menores, durante la fase de alegaciones o fase intermedia o al inicio de la fase de Audiencia o de juicio oral, encontramos la conformidad. Así, durante la fase de alegaciones o fase intermedia o al inicio de la fase de audiencia o fase de juicio oral es posible la terminación anticipada del proceso por conformidad del menor y de su abogado. En efecto, la LORPM prevé dos tipos de conformidad dependiendo del momento en que se manifieste. Por un lado, la conformidad en la fase de alegaciones o fase intermedia (art. 32 LORPM¹¹), que solo surtirá efecto cuando la medida solicitada en el escrito de alegaciones de la acusación no conlleve una restricción del derecho fundamental a la libertad, quedando excluidos todos aquellos casos en los que se solicite el internamiento en cualquiera de sus modalidades. Por otro lado, la conformidad en la fase audiencia o de juicio oral (art. 36 LORPM) que cabe cuando la medida solicitada sea cualquiera de las previstas en el art. 7 de la LORPM.

10 ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Bosch, Barcelona, 2005, pág. 339.

11 Reformado por LO 8/2006, de 4 de diciembre, que modifica la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Por último, una vez dictada la sentencia en la que se imponga al menor infractor alguna de las medidas legalmente previstas, el principio de oportunidad reglada se manifiesta, por un lado, en la posibilidad de suspensión condicional de la ejecución del fallo (art. 40 LORPM) y, por otro lado, en la eventual sustitución de las medidas impuestas por otras más adecuadas (arts. 51 y 14 LORPM).

Pues bien, el objeto del presente capítulo será analizar algunas de las manifestaciones del principio de oportunidad reglada en el proceso penal de menores, en concreto analizaremos, el desistimiento de la incoación del expediente de reforma; el sobreseimiento a propuesta del equipo técnico y la conformidad.

3. DESISTIMIENTO DE LA INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE DE REFORMA

No cabe duda de que una de las principales especialidades del proceso penal de menores es la atribución al Ministerio Fiscal de la tramitación del expediente de reforma o de la fase de instrucción¹². Así, el art. 6 LORPM, al regular la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso penal de menores, prevé que “corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquellos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento”. Por su parte, el art. 16 LORPM dispone que “corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción de los procedimientos por los hechos a los que se refiere el art. 1 de esta Ley”¹³.

¹² La atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la instrucción implica un cambio total de la tradición de nuestro proceso penal donde la función de instrucción siempre ha estado encomendada al Juez de Instrucción. Los argumentos que justifican este cambio se basan en la necesidad de garantizar la independencia e imparcialidad del Juzgado de Menores. Véase DE LA ROSA CORTINA, J. M., *La responsabilidad Penal de los Menores. Adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre*, (con DE URBANO CASTRILLO), Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 114.

¹³ No obstante, el Juez de Menores tiene atribuidas aquellas actuaciones que se atribuyen necesariamente a los órganos jurisdiccionales, tales como, la autorización para practicar diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales (arts. 23.3 y

Así, el Título III de la LORPM, bajo la rúbrica “De la Instrucción del procedimiento”, regula la actuación del Ministerio Fiscal desde que recibe la *notitia criminis* de una infracción penal cometida por una persona mayor de 14 años y menor de 18. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que, la incoación del Expediente de Reforma no se produce de manera inmediata y necesaria una vez recibida la *notitia criminis*, sino que es una decisión que debe adoptar el Ministerio Fiscal¹⁴. En concreto, según afirma la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, “el Expediente de reforma se abre con un acuerdo formal de incoación pronunciado por el Fiscal en forma de Decreto que se fundamenta en la formulación de un doble juicio de valor: de un lado, que los hechos que han llegado a su conocimiento por cualquier medio de posible eficacia (denuncia, atestado policial, oficio remisorio de autoridades o funcionarios, notoriedad pública, etc.) resultan verosímiles, tienen relevancia penal e incriminan a una o varias personas menores de edad; de otro lado, que el interés de tales menores no aconseje precisamente evitar la incoación del proceso y su potencial efecto estigmatizador remitiendo la corrección del menor al ámbito de la propia familia, o a las instituciones de protección (art. 18)”¹⁵.

Así, antes de decidir sobre la incoación del Expediente de Reforma, el Ministerio Fiscal deberá comprobar si concurren o no las circunstancias previstas en el art. 18 LORPM que, en aplicación del principio de oportunidad reglada¹⁶, le facultan para desistir de la incoación del mismo, a pesar de haberse

26.3 de la LORPM); la declaración del secreto del expediente, total o parcial, durante toda la instrucción o durante un período limitado de ésta (art. 24.1 LORPM); la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima (art. 28.1 LORPM).

14 GRANDE SEARA, Pablo, “Incoación del expediente de reforma y fase de instrucción”, en *Proceso Penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 118.

15 En línea. Consultado el 28 de marzo de 2019. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CI01-2000.pdf?idFile=18748173-3639-468e-9595-1d4c1b7ba6d7.

16 Considera GARCÍA INGELMO, Francisco Manuel, “El Fiscal y el principio de oportunidad...”, op. cit., pág. 432, que “es la manifestación más radical del ejercicio del principio de oportunidad por el Fiscal, en la medida que el procedimiento aún no se ha «judicializado» y el que concluya depende tan sólo de un juicio de valor del Fiscal instructor, siempre dentro de los presupuestos legales establecidos en dicho artículo, pero sin que

cometido un hecho que reviste carácter de delito por un menor, comprendido entre los 14 y los 18 años.

En efecto, el art. 18 de la LORPM permite que, antes del inicio de la fase de instrucción propiamente dicha, y tras la práctica de las diligencias preliminares, el Ministerio Fiscal pueda desistir de la incoación del expediente de reforma, pese a haber tenido conocimiento de la comisión de unos hechos constitutivos de infracción penal cometidos por un menor¹⁷.

Resulta muy expresiva la Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, al afirmar que “como pauta general, la infracción adecuada al desistimiento será un hecho aislado que, por su propia naturaleza, no denote la presencia en el menor de factores criminógenos subyacentes, de riesgo social y de repetición de esa infracción penal u otras más graves, sino que responda más bien a una conducta antisocial puntual, propia de la adolescencia. En definitiva, deberá tenerse presente que la finalidad del legislador es dejar al margen del procedimiento de menores la llamada criminalidad de bagatela, los hechos delictivos de menor importancia, para los que resulta innecesaria otra intervención si el menor es o ha sido corregido dentro del ámbito educativo y familiar en que se desenvuelve”¹⁸.

La finalidad de este desistimiento es evitar que el menor infractor pueda sufrir los posibles efectos estigmatizadores del proceso penal, partiendo de su posible corrección en el ámbito educativo y familiar¹⁹. Nos encontramos, por

tal valoración aparezca supeditada a una conducta del menor o a una propuesta del equipo técnico, como ocurre en los casos de los arts. 19 y 27-4”.

17 La propia Exposición de Motivos de la LORPM, en su apartado II.9, afirma que los criterios educativos y el interés del menor presiden este proceso, “haciendo al mismo tiempo un uso flexible del principio de intervención mínima, en el sentido de dotar de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia al mismo”.

18 Apartado IV.5.1 Desistimientos del artículo 18 LORPM. En línea. Consultado el 26 de marzo de 2019. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/download/CI01-2000.pdf?idFile=18748173-3639-468e-9595-1d4c1b7ba6d7.

19 Los principales textos internacionales en materia de Derecho Penal Juvenil prevén la conveniencia de regular la posibilidad de archivar anticipadamente el proceso penal de menores en determinados supuestos. En este sentido, pueden consultarse las reglas 6 y 11 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985 [En línea. Consultado el 28 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/BeijingRules.aspx>]; la regla 5. Disposiciones previas al juicio de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las

tanto, ante una de las manifestaciones de los principios de oportunidad reglada e intervención mínima que, como hemos comentado, presiden el proceso penal de menores.

3.1. Requisitos

El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente de reforma, aun concurriendo todos los presupuestos para la apertura del mismo, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. *Que los hechos denunciados estén tipificados en el Código Penal o en otras leyes penales especiales como delitos menos graves o delitos leves*²⁰.

Por tanto, el Ministerio Fiscal no podrá desistir de la incoación del expediente de reforma cuando el hecho imputado al menor esté tipificado como un delito grave.

Los delitos menos graves son, según el artículo 13.2 CP, las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave. Estas penas están previstas en el artículo 33.3 CP²¹, a tenor del cual la pena de prisión no podrá superar los

medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990 [En línea. Consultado el 28 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/Tokyo-Rules.aspx>]; directriz I.5 de las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990 [En línea. Consultado el 28 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/PreventionOfJuvenileDelinquency.aspx>].

²⁰ Tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, las menciones a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves.

²¹ El artículo 33.3 CP dispone que “Son penas menos graves: a) La prisión de tres meses hasta cinco años. b) Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años. c) La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años. d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años. e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años. f) Inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de un año y un día a cinco años. g) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años. h) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años. i) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal,

cinco años. Los delitos leves, *ex artículo 13.3 CP*, son las infracciones que la Ley castiga con pena leve, esto es, alguna de las previstas en el artículo 33.4 CP²².

2. *Que tratándose de delitos menos graves se hayan cometido sin violencia o sin intimidación en las personas.*

Este requisito implica que no procederá el desistimiento de la incoación del expediente de reforma cuando, aun tratándose de delitos menos graves, se hayan cometido con violencia o intimidación en las personas²³. Esa violencia o intimidación se refiere a la violencia sobre las personas, que evidencia una falta de respeto a los valores fundamentales, pues la violencia referida exclusivamente a las cosas produce un perjuicio de carácter patrimonial, que es siempre susceptible de reparación.

En relación con este requisito, la Circular de la FGE 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, afirma que “supone la exclusión de determinados delitos menos graves en los

por tiempo de seis meses a cinco años. j) La multa de más de tres meses. k) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía, salvo lo dispuesto en el apartado 7 de este artículo. l) Los trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y un días a un año”.

22 El artículo 33.4 CP señala que “Son penas leves: a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año. b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año. c) Inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de tres meses a un año. d) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses. e) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses. f) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses. g) La multa de hasta tres meses. h) La localización permanente de un día a tres meses. i) Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días”.

23 Coincidimos con SORIANO IBAÑEZ, Benito, “La Fase de instrucción en el procedimiento de responsabilidad penal del menor. Especial referencia al principio de oportunidad”, *Estudios jurídicos*, núm. 2012, 2012, pág. 25, en que “el legislador se refiere tanto a la violencia de contenido material *vis física*, como a la intimidativa *vis compulsiva* ejercida contra el sujeto o sujetos pasivos del delito, pero consideramos que debe darse de modo directo es decir se excluiría la ejercida de modo indirecto a través de cosas o de terceras personas. Parece lo más apropiado tratándose de una causa que excluye el desistimiento por lo que debería interpretarse de forma restrictiva y en interés del menor”.

que se actúan formas efectivas de coacción o intimidación aunque sean de naturaleza menos intensa”²⁴.

En el supuesto de delitos leves no se exige el requisito de que el hecho se hubiera cometido sin violencia o intimidación, por lo que el Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente aun cuando el delito leve se haya cometido con violencia o intimidación en las personas.

3. *Que el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza.*

La interpretación de este requisito ha suscitado dudas por dos razones: en primer lugar, porque no está claro qué se debe entender por «hechos de la misma naturaleza» y, en segundo lugar, porque no se especifica si basta que el menor haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza o si es necesario que en relación con esos hechos se haya dictado sentencia condenatoria.

Respecto de la primera cuestión, la Circular de la FGE 1/2000 interpreta la expresión «hechos de la misma naturaleza» en sentido amplio al señalar que “se ha de entender que el menor no debe haber incurrido en hechos constitutivos de delito grave o, si se trata de delitos menos grave, que en su ejecución no haya empleado violencia o intimidación, aunque los hechos presenten una naturaleza diversa». En cambio «si el hecho anterior es constitutivo de mera falta, o de delito menos grave sin concurrencia de violencia o intimidación, podría entenderse que el Fiscal tiene legalmente vedada la decisión de desistimiento sólo si el hecho anterior tiene la misma naturaleza que el hecho actual, atendiendo a si se ha visto lesionado el mismo bien jurídico de un modo semejante”²⁵.

En la misma línea, la Circular de la FGE 9/2011 añade que “la referencia del artículo 18 LORPM a que «el menor no haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza», abre la posibilidad al desistimiento cuando hubiera antecedentes por hechos de naturaleza diversa. Sin embargo, la norma en este punto debe ser interpretada con prudencia y a partir de la consideración de que el desistimiento es un beneficio pensado para infractores primarios. De ese modo, la posibilidad de aplicar el desistimiento a quien le consten antecedentes, reviste carácter excepcional, pues no tendría sentido

²⁴ Apartado VI.2.C. Desistimiento de la incoación del Expediente: juicio de oportunidad acerca del ejercicio de la acción penal.

²⁵ Apartado VI.2.C. *Desistimiento de la incoación del Expediente: juicio de oportunidad acerca del ejercicio de la acción penal.*

que partiendo de una estricta literalidad del precepto se favorezca a quien vaya acumulando diligencias abiertas por diferentes tipos penales”²⁶.

Consideramos que la expresión que «el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza» debe interpretarse en el sentido de que el menor no sea reincidente, esto es, que tal y como establece el artículo 22.8 CP, no haya cometido con anterioridad un delito comprendido en el mismo título del Código Penal, siempre que sea de la misma naturaleza²⁷.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, del tenor literal del precepto parece desprenderse que basta con que el menor haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza, sin que sea necesario que se haya dictado una sentencia de condena. En este sentido se manifiesta la Circular de la FGE 1/2000 al señalar que «no es necesario que exista una condena anterior a la decisión del Fiscal, pues la Ley se refiere a hechos, no a delitos ni a condenas ejecutorias»²⁸.

Pese a ello, entendemos que es necesario que conste que el menor ha cometido esos hechos con anterioridad, por lo que aunque la Ley no exige que exista una sentencia de condena previa, si será preciso que de alguna manera esté acreditada la comisión de tales hechos por el menor²⁹. Para ello el Ministerio Fiscal deberá comprobar si a ese menor se le ha abierto expediente personal en la Fiscalía, pues en tal expediente se archivan todos los procedimientos tramitados al mismo menor³⁰.

26 Apartado IV.5.1 Desistimientos del artículo 18 LORPM.

27 POZUELO PÉREZ, Laura, *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores...*, op. cit., pág. 270. En el mismo sentido, SALOM ESCRIVÁ, Juan Salvador, «La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los menores», en *Justicia Penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 234; GARCÍA INGELMO, Francisco Manuel, “El Fiscal y el principio de oportunidad...”, op. cit., pág. 434; GONZÁLEZ CANO, María Isabel, “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores”, *Tribunales de justicia*, 2000, núm. 7, pág. 830.

28 Apartado VI.2.c) de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.

29 GRANDE SEARA, PABLO, “Incoación del expediente de reforma y fase de instrucción”, en *Proceso Penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 142. En el mismo sentido, TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *El procedimiento penal del menor (Tras la ley 38/2002, de Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)*, Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 98.

30 Así, el art. 20.2 LORPM dispone que “todos los procedimientos tramitados a un

El hecho de que el menor haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza obliga al Ministerio Fiscal a incoar el expediente de reforma. No obstante, se contempla en la Ley la posibilidad de que el Ministerio Fiscal incoe el expediente de reforma y posteriormente, si se dan los presupuestos previstos en el artículo 27.4 LORPM, solicite el sobreseimiento de la causa al Juez de Menores por considerar, a propuesta del Equipo Técnico, que no resulta conveniente continuar con la tramitación del expediente en interés del menor bien porque se ha expresado suficientemente el reproche al menor a través de los trámites ya practicados o bien porque se considera inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. Para ello será necesario que se cumplan los requisitos previstos en el art. 19 LORPM y que en su informe el Equipo Técnico proponga la conveniencia de no continuar con la tramitación de la causa en interés del menor³¹.

4. *Que se haya producido la corrección del menor en el ámbito educativo y familiar.*

El artículo 18 LORPM expresa en su título que el motivo por el que el Ministerio Fiscal desiste de la incoación del expediente es la corrección en el ámbito educativo y familiar, pero en su texto no define en que debe consistir esa corrección ni prevé mecanismos para comprobar si esa corrección se ha llevado a cabo³².

mismo menor se archivarán en el expediente personal que del mismo se haya abierto en la Fiscalía...”.

En este sentido, LASTRA DE INÉS, Almudena, “La fase de investigación. La actuación instructora. Las soluciones extrajudiciales”, *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, núm. 6, 2000, págs. 214 y ss. Afirma que “si los únicos datos que acceden al Registro del Ministerio son las sentencias firmes, dicho Registro no servirá a los efectos del artículo 18 (...), por lo que, o bien se entiende que el artículo 18 sólo se aplica a menores sobre los que no haya habido una sentencia anterior, o bien se establece una base de datos en la Fiscalía, como, de hecho, existe en la actualidad. Sin embargo, existen cincuenta y dos bases distintas, una en cada Fiscalía, y no hay una común a todas. La experiencia nos ha demostrado que hay menores que delinquen en varios territorios por lo que, si se quiere que el artículo 18 sirva al fin que lo inspira -y que parece que no es otro que dar una oportunidad a los infractores primarios cuando se trata de faltas o delitos menos graves- resulta imprescindible la creación de un sistema de registro único o, al menos, con posibilidad de comunicación inmediata y fluida entre las Fiscalías...”.

31 Véase *infra* apartado 4 de este mismo Capítulo.

32 Como acertadamente afirma SORIANO IBÁÑEZ, Benito, “La Fase de instrucción en el procedimiento de responsabilidad penal del menor...”, op. cit., pág. 24, la razón hay

La corrección en el ámbito educativo y familiar consideramos que hace referencia a una intervención de carácter educativa que tiene lugar o bien en el ámbito educativo o bien en el ámbito familiar. La finalidad de la misma es permitir al menor tomar conciencia de los hechos realizados, responsabilizarse de los mismos y asumir sus consecuencias. Por ello, el Ministerio Fiscal deberá apreciar si en el entorno familiar y educativo del menor se dan las condiciones para dar una respuesta correctora y educativa a los hechos cometidos por el menor, pues de no ser así, no debería acordar el desistimiento del expediente, aun concurriendo los demás requisitos.

En este sentido tiene gran relevancia el informe del Equipo Técnico sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, ya que el Ministerio Fiscal renuncia al ejercicio de la acción penal y confiere la responsabilidad de la corrección del menor infractor a los ambientes educativos y familiares en los que se desarrolla su vida habitualmente, pero siempre que la situación de éstos lo permita³³.

Así, podemos concluir que en aquellos supuestos en los que en el entorno educativo y familiar del menor resulta improbable que se lleve a cabo esa corrección, el Ministerio Fiscal no debería desistir de la incoación del expediente³⁴.

que buscarla en la tramitación parlamentaria. La redacción del art. 18 del proyecto era la siguiente “1. El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando, tratándose de menores de dieciséis años, los hechos denunciados puedan encontrar su corrección en el ámbito educativo, familiar o comunitario, y a ello se comprometan los padres o representantes legales del menor, o los responsables de las correspondientes instituciones sociales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación, si procede, de lo establecido en el artículo 3.1 de la presente Ley. Si dicha entidad le comunicara la imposibilidad de obtener el aludido compromiso, el Ministerio Fiscal podrá incoar el expediente...”. Sin embargo, el informe de la Ponencia sobre el Proyecto propuso una nueva redacción con base en la enmienda núm. 179 del Grupo Catalán que contenía como justificación el “evitar que la incoación del expediente al menor pueda depender de los mayores o menores recursos económicos de su familia”. Por ello se suprimió todo lo relativo a la corrección en el ámbito familiar y el compromiso exigido a los representantes legales y únicamente se conservó la rúbrica de la redacción original del Proyecto de 1998.

33 LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, *La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores (comentarios, concordancias y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 2004, p. 160.

34 POZUELO PÉREZ, Laura, *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores...*, op. cit., pág. 272.

3.2. Efectos

La decisión del Ministerio Fiscal de desistir de la incoación del expediente deberá adoptar la forma de decreto y en el mismo se deberá de motivar debidamente la concurrencia de los requisitos que permiten, en aplicación del principio de oportunidad reglada, dicho desistimiento³⁵. Frente a éste decreto no cabe recurso alguno³⁶.

Cabe destacar que el artículo 18 LORPM dispone que, si el Ministerio Fiscal acuerda desistir de la incoación del expediente, deberá dar traslado de lo actuado a la entidad de protección de menores, para que ésta valore la situación del menor y promueva las medidas de protección adecuadas a sus circunstancias, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. No obstante, consideramos que este traslado sólo será necesario cuando se detecte en el menor alguna situación relevante de riesgo o desamparo que justifique la adopción de medidas de protección en el orden civil³⁷. En el mismo sentido se expresa la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, en su apartado VI.2.C, añadiendo que “no toda infracción menor, sobre todo si es aislada, implica la concurrencia de una situación de riesgo que necesite de la activación de los recursos previstos en el CC y en la LO 1/1996 citados en el art. 3 de la Ley”.

Por lo que se refiere a la víctima, el art. 18 LORPM dispone que “el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado”. No obstante, consideramos que es necesario escuchar a la

35 Coincidimos con SORIANO IBAÑEZ, Benito, “La Fase de instrucción en el procedimiento de responsabilidad penal del menor...”, op. cit., pág. 29, en que “el decreto por el que se adopte la resolución de desistimiento deberá ser motivado, ya que así lo exige el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE)”. En el mismo sentido, GARCÍA INGELMO, Francisco Manuel, “El Fiscal y el principio de oportunidad...”, op. cit., pág. 434.

36 Entendemos con GRANDE SEARA, Pablo, “Incoación del expediente de reforma...”, op. cit., pág. 116, en que precisamente el hecho de que tales decisiones no sean revisables por los órganos jurisdiccionales suscita dudas en torno a una posible vulneración del principio de exclusividad jurisdiccional. Por ello, con TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *El procedimiento penal del menor...*, op. cit., pág. 99, consideramos que “hubiera sido más acertado permitir que, a instancia del perjudicado que no estuviera de acuerdo con el desistimiento, el Juzgado de Menores pudiera revisar la concurrencia o no de los citados requisitos”.

37 Véase SORIANO IBAÑEZ, Benito, “La Fase de instrucción en el procedimiento de responsabilidad penal del menor...”, op. cit., pág. 28; GARCÍA INGELMO, Francisco Manuel, “El Fiscal y el principio de oportunidad...”, op. cit., pág. 435.

víctima con carácter previo a acordar el desistimiento del expediente. En este sentido se manifiesta la Circular de la FGE 9/2011 al afirmar que “cuando se trate de hechos con víctima individualizable, como regla general, es conveniente recibirle declaración para ponderar debidamente la decisión que ha de adoptarse”.

Además, el art. 4 LORPM, dispone que se deberá comunicar inmediatamente a la víctima el decreto de desistimiento de la incoación del expediente, haciéndole saber su derecho a ejercitar las acciones civiles que le asisten ante la jurisdicción civil³⁸.

En efecto, el hecho de que el Ministerio Fiscal desista de la continuación del expediente de reforma no afecta a la responsabilidad civil en la que haya podido incurrir el menor, por lo que la víctima podrá ejercitar la acción civil a través del proceso declarativo que corresponda ante la jurisdicción civil.

4. SOBRESEIMIENTO A PROPUESTA DEL EQUIPO TÉCNICO

Durante la instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal requerirá al equipo técnico la elaboración de un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor infractor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la LORPM.

En este informe, según prevé el artículo 27.4 LORPM, el equipo técnico puede proponer la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor en dos supuestos:

1. Cuando se hubiera expresado suficientemente al menor el reproche que merece su conducta a través de los trámites ya practicados. Esto es, cuando

³⁸ De forma acertada afirma la Circular 1/2007, de la Fiscalía General del Estado, sobre “criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006”, [en línea. Consultada el 27 de marzo de 2019. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/MN_Circular1_2007.pdf?idFile=2170c02a-406e-4548-b03d-9ad5c9acc8f2] que “tras la reforma de 2006, desaparecido ese cauce autónomo, el tratamiento procesal de la acción civil en caso de desistimiento ha de ser radicalmente distinto. Así, el nuevo art. 18 suprime la referencia que contenía el texto original a que lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil. En tanto el desistimiento trunca la posibilidad de la víctima de ser indemnizada en el curso del proceso de menores deberá venir acompañado por un escrupuloso cumplimiento de la obligación de poner tal finalización en su conocimiento”.

se considera que el simple hecho de que el menor haya estado sometido al proceso de menores hasta este momento constituye un reproche suficiente. En este sentido lo expresa el apartado I.2. de la propia Exposición de Motivos al señalar que “encomienda al Ministerio Fiscal la iniciativa procesal, y le concede amplias facultades para acordar la terminación del proceso con la intención de evitar, dentro de lo posible, los efectos afflictivos que el mismo pudiera llegar a producir”.

2. Cuando resulte inadecuada cualquier intervención por el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En este caso, el equipo técnico considera que carece de sentido llevar a cabo una actividad educativa, debido a que ya ha pasado mucho tiempo desde que el menor cometió el hecho delictivo.

Tras la propuesta formulada por el equipo técnico de no continuar con la tramitación del expediente, el Ministerio Fiscal comprobará si se cumplen los requisitos del artículo 19 LORPM sobre la gravedad y las circunstancias que rodearon la comisión del hecho delictivo. Estamos ante otra de las manifestaciones del principio de oportunidad reglada en el proceso penal de menores, por lo que el Ministerio Fiscal antes de decidir si insta el sobreesimiento del asunto al Juez de Menores, deberá comprobar si concurren los requisitos previstos en el art. 19 de la LORPM, según el cual “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 (...). El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta”.

Como vemos el primer requisito se centra en el hecho delictivo. Así, será necesario que el hecho imputado al menor sea un delito menos grave o un delito leve, por lo que el Ministerio Fiscal no podrá desistir de la continuación del expediente cuando se trate de delitos graves³⁹.

Además, como segundo requisito, será necesario que los hechos hayan sido cometidos sin violencia o intimidación graves. Por tanto, se podrá acudir a esta vía aún en el supuesto de que el delito se hubiera cometido con violencia o intimidación, siempre que éstas sean de carácter leve o menos grave. Esa violencia grave se refiere a la violencia sobre las personas, pues la violencia referida exclusivamente a las cosas produce un perjuicio de carácter patrimonial, que es siempre susceptible de reparación.

³⁹ Sobre los conceptos de delito menos grave y delito leve, véase *supra* apartado 3 de este mismo Capítulo.

Por tanto, si se cumplen los requisitos que hemos mencionado, el Ministerio Fiscal podrá remitir el expediente al Juez de Menores y proponerle el sobreseimiento de la causa y el archivo de las actuaciones. Además, en su caso, deberá remitir testimonio de lo actuado a la entidad pública de protección de menores que corresponda, a los efectos de que actúen en protección del menor. Ahora bien, este traslado sólo será necesario cuando se detecte en el menor alguna situación relevante de riesgo o desamparo que justifique la adopción de medidas de protección en el orden civil⁴⁰, por lo que, si se aprecia que el menor se encuentra en situación de riesgo o desamparo, se deberá dar traslado de lo actuado a la entidad de protección de menores, para que ésta valore la situación del menor y promueva las medidas de protección adecuadas a sus circunstancias, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

5. LA CONFORMIDAD EN EL PROCESO PENAL DE MENORES

La conformidad se puede definir como “modo de poner fin al proceso que supone la aceptación por el acusado de los hechos, de la calificación jurídica y de la responsabilidad penal y civil exigida”⁴¹. Ahora bien, teniendo en cuenta que la conformidad supone un acto de disposición, también puede decirse que nos encontramos ante “un acto unilateral de postulación y de disposición de la pretensión, efectuado por la defensa y realizado en el ejercicio del principio puro de oportunidad, por el que, mediante el allanamiento a la más elevada petición de pena, se ocasiona la finalización del procedimiento a través de una sentencia con todos los efectos de la cosa juzgada”⁴².

La finalidad de la conformidad en el proceso de menores no es sólo la eco-

40 ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 349, afirma que “sólo lo solicitará si lo estima conveniente porque entienda que el menor puede estar en una situación de las necesitadas de protección y que regula el art. 172 del Código Civil”. En el mismo sentido, véase, SORIANO IBAÑEZ, Benito, “La Fase de instrucción en el procedimiento de responsabilidad penal del menor...”, op. cit., pág. 28; GARCÍA INGELMO, Francisco Manuel, “El Fiscal y el principio de oportunidad...”, op. cit., pág. 435.

41 MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Penal*, (con Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 396.

42 GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 771.

nomía procesal, sino también la conveniencia de evitar el menor los efectos estigmatizantes que le podría causar el desarrollo de la audiencia. En este sentido, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre, en su apartado VIII.2, subraya que la conformidad “es algo más que un instrumento procesal puesto al servicio de una razón de economía procesal (...) la evitación de la audiencia puede contribuir de modo decisivo al proceso de formación del menor”.

La LORPM prevé dos tipos de conformidad dependiendo del momento en que se manifieste⁴³:

- a) La conformidad en la fase intermedia o de alegaciones (art. 32⁴⁴)
- b) La conformidad en la audiencia (art. 36)

Según la Circular 1/2000 de la FGE, en su apartado VIII.2, “la respectiva ubicación sistemática de los artículos 32 y 36 autoriza un entendimiento con arreglo al cual la LORPM estaría pensando en dos secuencias bien diferenciadas. Un primer momento en el que la conformidad tendría como vehículo formal el escrito de alegaciones de la defensa –art. 32– y un segundo momento en el que esa conformidad se exteriorizaría al inicio de las sesiones de la audiencia, al responder el menor a las preguntas que a tal efecto ha de formularle el Juez –art. 36–”.

5.1. La conformidad en la Fase intermedia o de alegaciones

El primer momento en el que se puede manifestar la conformidad en el proceso penal de menores es en la fase intermedia o de alegaciones. El art. 32 LORPM dispone que “si el escrito de alegaciones de la acusación solicitara la imposición de alguna o algunas de las medidas previstas en las letras e) a ñ) del apartado 1 del artículo 7, y hubiera conformidad del menor y de su letrado, así como de los responsables civiles, la cual se expresará en comparecencia ante el Juez de Menores en los términos del artículo 36, éste dictará sentencia sin más trámites”.

Se trata de una conformidad limitada, pues solo cabe en aquellos supuestos en los que la medida solicitada por la acusación no conlleve una restric-

⁴³ Lo mismo ocurre en el proceso penal de adultos, donde la conformidad se puede manifestar o bien durante la fase intermedia o bien al inicio de las sesiones del juicio oral.

⁴⁴ Reformado por LO 8/2006, de 4 de diciembre, que modifica la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

ción del derecho fundamental a la libertad⁴⁵, esto es, solicite medidas diferentes al internamiento⁴⁶.

5.1.1. Requisitos

De la regulación del art. 32 LORPM podemos deducir que para que la conformidad manifestada en la fase intermedia o de alegaciones surta efecto deberán concurrir los siguientes requisitos:

1. *Que la medida solicitada por la acusación no sea de internamiento.*

El primer requisito exigido por el art. 32 LORPM se centra en la medida sancionadora que solicita la acusación. Así, la conformidad sólo cabe cuando la medida solicitada en el escrito de alegaciones de la acusación sea alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 7.1 LORPM, letras e) a ñ):

- e) tratamiento ambulatorio
- f) asistencia a un centro de día
- g) permanencia de fin de semana;
- h) libertad vigilada
- i) orden de alejamiento, esto es, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares y otras personas que determine el Juez
- j) convivencia con otra persona, familia o grupo educativo
- k) prestaciones en beneficio de la comunidad
- l) realización de tareas socio-educativas
- m) amonestación
- n) privación de permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de licencias administrativas para caza o para cualquier tipo de armas
- ñ) inhabilitación absoluta

Por tanto, la medida solicitada en el escrito de alegaciones de acusación debe tratarse de una medida que no conlleve una restricción del derecho fundamental a la libertad, por lo que quedan excluidos todos aquellos casos en los que se solicite el internamiento en cualquiera de sus modalidades⁴⁷.

45 DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “De la fase de audiencia”, en *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 381.

46 TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *El procedimiento penal del menor...*, op. cit., pág. 153; ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 386.

47 Consideramos con ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 386, que esta limitación de la conformidad las medidas que no

2. Que la conformidad se manifieste con el escrito de alegaciones que contenga la acusación más grave.

El segundo requisito consiste en que la conformidad se manifieste con el escrito de alegaciones que contenga la acusación más grave. A pesar de que este requisito no aparece expresamente previsto en el art. 32 LORPM, tenemos que tener en cuenta que, actualmente, el Ministerio Fiscal no ostenta el monopolio en el ejercicio de la acción penal en el proceso penal de menores⁴⁸, por lo que, junto con el escrito de alegaciones del Fiscal podemos encontrar el escrito de alegaciones de la acusación particular.

Así, para que la conformidad manifestada en el escrito de alegaciones de la defensa surta efectos y ponga fin al proceso será necesario que se manifieste con el escrito de alegaciones que contenga la acusación más grave, esto es, que solicite la medida de mayor gravedad, ya que de otro modo la conformidad manifestada no surtiría efecto alguno y sería necesario celebrar la audiencia.

3. Que haya conformidad del menor y de su letrado.

El tercer requisito exige que haya conformidad del menor y de su letrado. Debido al carácter dual que presenta el derecho de defensa en el proceso penal, para que la conformidad surta efecto será necesario, como requisito ineludible, que la manifiesten tanto el menor, en el ejercicio de su autodefensa, como su abogado, encargado de la defensa técnica. Esto es así, ya que la defensa penal tiene como especial característica su carácter dual, pues está integrada por dos sujetos procesales: el Abogado defensor que ejercita la defensa técnica y su defendido que puede actuar su defensa privada o autodefensa⁴⁹.

entrañan internamiento “no es muy razonable ya que, incluso en esas medidas, es mucho mejor contar con la voluntariedad del menor y siempre va a constituir un mejor pronóstico de éxito de la medida, desde el punto de vista de su implicación para conseguir el fin educativo pretendido”.

48 Sobre la evolución de la intervención de la víctima en el proceso penal de menores véase REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto, “La víctima y el menor infractor”, en *Proceso Penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 75 y ss.

49 MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Penal*, (con Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 159 y ss.

Los textos internacionales garantizan el derecho de defensa en su doble aspecto, defensa técnica y autodefensa. El art. 6.3.c) del CEDH dispone que todo acusado tiene derecho a “defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio...”. En el mismo sentido se pronuncia el art. 14.3.d) del PIDCP según el cual toda persona acusada de un delito tendrá derecho a “a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección”.

4. *Que haya conformidad con la responsabilidad civil solicitada en los escritos de alegaciones de la acusación.*

El cuarto requisito hace referencia a la responsabilidad civil solicitada en los escritos de alegaciones de la acusación y a las personas que figuran como responsables civiles en los mismos.

Tras la reforma introducida por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, la pretensión civil se va a tramitar conjuntamente con la pretensión penal en el proceso penal de menores y se resolverán en la misma sentencia⁵⁰. De ahí que, la conformidad se deba referir no sólo a la pretensión penal sino también a la pretensión civil prevista en los escritos de alegaciones de la acusación.

Además, tenemos que tener en cuenta que en el proceso penal de menores aparecen siempre junto con el menor otros terceros responsables civiles, como es el caso de los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho que, tal y como se establece en el artículo 61.3 LORPM, responderán solidariamente con el menor de los daños y perjuicios causados. Por ello será necesario que además de la conformidad del menor y su letrado, se manifieste la aquiescencia de las demás personas que figuren como responsables civiles en los escritos de alegaciones de la acusación.

En el caso de que la conformidad no se extienda a la pretensión civil, en aquellos supuestos en los que el menor y su abogado se muestren conformes

En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, vid., entre otras, la STS (2^a) de 26 de marzo de 1998 (TOL228.711) donde se afirma que la conformidad para surtir efectos ha de ser “de doble garantía, pues se exige inexcusablemente anuencia de la defensa y subsiguiente ratificación del procesado o procesados -en la hipótesis contemplada en el artículo 655- o confesión de acusado o acusados y aceptación tanto de la pena como de la responsabilidad civil, más la consecutiva manifestación del defensor o defensores de no considerar necesaria la continuación del juicio –artículos 688 y ss LECrim–”.

50 A partir del 2006, se modifica el régimen procesal de exigencia de la responsabilidad civil que surge tras la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito por un menor de edad, estableciéndose en el proceso penal de menores un sistema similar al proceso penal de adultos, esto es, el ejercicio acumulado de la pretensión penal, para el castigo del culpable, y de la pretensión civil, para la reparación del daño causado por el delito. Sobre esta cuestión véase GUZMÁN FLUJA, Vicente, “La responsabilidad civil en el proceso penal de menores”, en *Proceso Penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 283 y ss.

con la pretensión penal pero no con la pretensión civil o que los terceros responsables civiles no estén conformes con la responsabilidad civil, se celebrará la audiencia sólo para debatir acerca de dicha responsabilidad civil⁵¹.

5. *Requisitos formales.*

El siguiente requisito se refiere a los aspectos formales, es decir, cuando y como ha de manifestarse la conformidad del menor y de su letrado durante la fase intermedia o de alegaciones. El art. 32 LORPM dispone que la conformidad “se expresará en comparecencia ante el Juez de Menores en los términos del art. 36”. No obstante, por la fase procesal en la que nos encontramos parece lógico pensar que dicha conformidad deberá manifestarse primero en el escrito de alegaciones de la defensa⁵², en el que deberá constar necesariamente el consentimiento del menor. Por ello consideramos que, a tenor de lo dispuesto en el art. 784.3 LECrim, según el cual “en su escrito, firmado también por el acusado, la defensa podrá manifestar su conformidad con la acusación...”, el escrito de alegaciones de la defensa debe estar también firmado por el menor, cuando en el mismo se manifieste la conformidad. Esta es también la opinión de la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2000, “cabe la posibilidad alternativa de que ese escrito de alegaciones sirva de vehículo a la defensa para expresar su conformidad con la medida solicitada por el Fiscal”⁵³.

Pero además, cabe también la posibilidad de que la conformidad se manifieste en el escrito conjunto presentado por la acusación y la defensa en el que se recoge el acuerdo de conformidad⁵⁴, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 784.3 LECrim. Esta conformidad presupone la existencia de conversaciones y negociaciones entre la acusación y la defensa, con la finalidad de formular conjuntamente el escrito en el que se plasmará el acuerdo de conformidad⁵⁵.

51 Véase *infra* apartado 5.1.2. de este mismo capítulo.

52 GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma, *El Proceso Penal de Menores (Funciones del Ministerio Fiscal y del Juez de Instrucción, el período intermedio y las medidas cautelares)*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 125; GRACIMARTÍN MONTERO, Regina, “La fase de audiencia”, en *La responsabilidad penal de los menores*, AA. VV., Zaragoza, 2003, pág. 167.

53 Apartado VIII.2. de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre.

54 TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *El procedimiento penal del menor...*, op. cit., pág. 155.

55 Esto ha llevado a que se le aproxime a la figura de la transacción penal, que puede tener entre sus objetivos la protección de la víctima y la resocialización del delincuente. En este sentido, véase, DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo, *La conformidad del acusado*, Tirant

Ahora bien, ello no basta para que el Juez de Menores dicte sentencia de conformidad, ya que el art. 32 prevé que la conformidad se expresará en una comparecencia. Llegados a este punto el problema consiste en determinar cómo se debe interpretar el término “comparecencia”.

Una interpretación literal de este precepto conduciría a pensar que habría que esperar a la celebración de la audiencia prevista en el art. 36, esto es, al inicio de las sesiones del juicio oral, para que el menor, su abogado y, en su caso, los responsables civiles pudieran ratificar la conformidad inicialmente manifestada en el escrito de alegaciones de la defensa.

Sin embargo, como acertadamente puntualiza la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, en su apartado VIII.2., esto podría plantear “un problema práctico nada desdeñable. Y es que, no faltarán casos en que, aun constando la conformidad, el órgano judicial habrá de practicar todas y cada una de las citaciones para la audiencia, a sabiendas de que ésta, con toda probabilidad, no llegará a celebrarse”.

Es lógico que el legislador haya previsto la necesidad de que la conformidad manifestada en el escrito de alegaciones de la defensa deba ser ratificada ante el Juez de Menores, ya que éste controlará que la conformidad cumple todos los requisitos y que además ha sido manifestada de forma informada, consciente y libre por el menor. Sin embargo, consideramos que no es necesario esperar a la celebración de la audiencia, sino que bastaría la celebración de una comparecencia a la que deberían acudir todas las partes personadas y cuyo contenido estaría limitado a la ratificación de la conformidad y a los controles judiciales sobre la misma⁵⁶.

Esta es también la conclusión de la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, al señalar que “habiendo sido anunciada la conformidad en el escrito de alegaciones de la defensa, examinada por el Juez la concurrencia de los presupuestos que impone el art. 32 acerca de la naturaleza y límites de las medidas, nada parece oponerse a que la comparecencia a que se refiere aquel precepto se emancipe cronológicamente respecto del comienzo formal de las sesiones de la audiencia”⁵⁷.

lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 152; GIMENO SENDRA, Vicente, “La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988)”, *La Ley*, 1990, t. III, pág. 2; MIRA ROS, Corazón, *Régimen actual de la conformidad*, Colex, Madrid, págs. 178 y ss.

56 En el mismo sentido, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma, *El Proceso Penal de Menores (Funciones del Ministerio Fiscal y del Juez de Instrucción...*, op. cit., pág. 127.

57 Apartado VIII.2 de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre.

Así en esta comparecencia, tal como prevé el art. 36, se debería informar al menor, en lenguaje comprensible y adaptado a su edad, de los hechos delictivos de los que se le acusa, de las medidas solicitadas y de la responsabilidad civil que se le exige, para a continuación preguntarle si se ratifica en la conformidad manifestada en el escrito de alegaciones de la defensa. De esta forma el Juez de Menores podrá comprobar que el menor comprende el alcance de su conformidad y que, por tanto, la manifiesta de manera consciente y libre⁵⁸.

De igual modo, la conformidad de los terceros responsables civiles también se deberá manifestar en dicha comparecencia. Para ello, deberán ser citados a la misma, ser informados sobre la responsabilidad civil que se les reclama, para hacer frente a los daños y perjuicios causados, y, a continuación, preguntarles si se conforman con dicha responsabilidad civil.

5.1.2. Efectos

Si se cumplen los requisitos que hemos mencionado, la conformidad será vinculante para el Juez, que deberá dictar sentencia imponiendo la medida más grave solicitada por las acusaciones y aceptada por la defensa⁵⁹. Por tanto consideramos que producida la conformidad, el órgano jurisdiccional carece de facultades discrecionales para acordar una medida distinta a aquella con la que se conformó tanto el menor como su abogado, porque la conformidad implica la aceptación del contenido del escrito de alegaciones de la acusación que contiene la medida más grave.

Por último, debemos analizar que sucede en aquellos supuestos en los que la conformidad se limita a la pretensión penal y se discrepa con la pretensión civil. Por un lado, estaría el caso en el que el menor y su letrado disienten únicamente sobre la responsabilidad civil. Según el art. 32 LORPM “cuando el menor y su letrado disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará la audiencia a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad”. En este caso, las pruebas y los debates de la fase de audiencia se van a limitar únicamente a la responsabilidad civil.

Por otro lado, estaría el supuesto en el que los terceros responsables civiles no se conforman con la responsabilidad civil exigida. La solución será idéntica, ya que el mismo art. 32 LORPM *in fine* prevé que en este caso “se

⁵⁸ GARCIMARTÍN MONTERO, Regina, “La fase de audiencia...”, op. cit., pág. 168.

⁵⁹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “De la fase de audiencia” ..., op. cit., pág. 360.

sustanciará el trámite de audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar el alcance de aquéllas”.

Está claro que, pese a la conformidad del menor con la pretensión penal y civil, la disconformidad de los demás responsables civiles, bien por no aceptar la condición de responsable civil, bien por no aceptar la cuantía indemnizatoria, determina la necesidad de continuar el procedimiento para debatir y probar todos los aspectos referentes a su responsabilidad civil. Para ello, deberán ser citadas a la audiencia las partes personadas, entre los que figuran los terceros responsables civiles y será precisamente en esta fase de audiencia donde se procederá a la práctica de la prueba relativa a la responsabilidad civil, esto es, la cuantía a la que ascienden los daños y perjuicios causados, quienes son los responsables civiles que deben hacer frente a los mismos y las víctimas beneficiarias y en qué cuantía cada una.

5.2. Conformidad durante la audiencia

El segundo momento en el que se puede manifestar la conformidad es al inicio de la audiencia, en donde el legislador ha previsto un trámite obligatorio que responde al principio de consenso y tiene como finalidad determinar si el menor y su Letrado se muestran conformes con los hechos y con la medida o medidas interesadas por las acusaciones en sus respectivos escritos de alegaciones.

En consecuencia, *ex art. 36*, el Letrado de la Administración de Justicia deberá explicar al menor, en el lenguaje más llano posible y haciendo todos los esfuerzos necesarios para hacerse comprender, cuáles son los hechos que se le imputan, la medida que se solicita, detallando su contenido, forma de cumplimiento y duración, y la responsabilidad civil que se pide para él.

De esta forma el legislador ha querido que se informe oportunamente al menor y, por tanto, que éste tenga pleno conocimiento del verdadero alcance de los hechos que ha cometido y de las consecuencias que se van a derivar de los mismos.

La diferencia entre la conformidad manifestada durante la fase intermedia y esta conformidad manifestada durante la audiencia es que ésta última puede extenderse a cualquiera de las medidas previstas en el art. 7 de la LORPM. Así, como veíamos, en la conformidad manifestada en la fase intermedia se limita la posibilidad de conformarse sólo con las medidas del art. 7.1 LORPM que no supusieran el internamiento del menor. Sin embargo, en esta confor-

midad manifestada en la audiencia el legislador no ha previsto ningún límite en el art. 36 LORPM, por lo que se puede interpretar que en principio esta conformidad puede extenderse a cualquiera de las medidas del art. 7 LORPM, incluidas las medidas de internamiento en cualquiera de sus modalidades.

No obstante, entendemos que, si la medida solicitada es la de internamiento en régimen cerrado, la conformidad sólo será procedente cuando su duración no exceda de seis años de duración (Vid. art. 655 y 787 LECrim).

Además es importante tener en cuenta que en la actualidad el Ministerio Fiscal no ostenta el monopolio en el ejercicio de la acción penal, por lo que puede estar personado en el proceso el acusador particular. En estos casos la conformidad se deberá manifestarse con el escrito de alegaciones que contenga la medida de mayor gravedad, porque de otro modo no surtirá efecto alguno y se continuará con la tramitación del procedimiento.

5.2.1. Requisitos

1. Que la conformidad se manifieste en la audiencia.

Cómo acabamos de señalar, en la audiencia propiamente dicha, el Letrado de la Administración de Justicia deberá explicar al menor en el lenguaje comprensible y adaptado a su edad cuales son los hechos que se le imputan y la causa en que se fundan. Asimismo, le informará de las medidas y la responsabilidad civil solicitadas en los escritos de alegaciones por el Ministerio Fiscal, la acusación particular y el actor civil detallando, el contenido de dichas medidas, su forma de cumplimiento y su duración⁶⁰.

A continuación, el Juez preguntará al menor si se declara autor de los hechos y si está de acuerdo con las medidas solicitadas y con la responsabilidad civil. Llegados a este punto se pueden dar las siguientes situaciones.

2.- Que haya conformidad del menor y de su letrado.

El segundo requisito exige que haya conformidad tanto del menor como de su letrado. Como hemos señalado, el derecho de defensa tiene carácter dual en el proceso penal por lo que, para que la conformidad surta efecto, será necesario con carácter ineludible que la manifiesten tanto el menor, en el ejercicio de su autodefensa, como su abogado, encargado de la defensa técnica.

⁶⁰ Entendemos con ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 405, que “no cabe una referencia genérica sino que es preciso delimitar con claridad en qué van a consistir las obligaciones del menor, horarios, lugar de desarrollo, limitaciones de derechos que pueden implicar”.

Así, al inicio de la audiencia, a la pregunta que formula el Juez al menor sobre si se declara autor de los hechos y si está de acuerdo con las medidas solicitadas y con la responsabilidad civil, el menor puede responder afirmativamente, mostrando su conformidad tanto con los hechos como con la medida solicitada. En este caso, una vez que el menor se ha conformado con ambos extremos, será también necesario que el letrado del menor manifieste su conformidad.

En el caso de que el Letrado no estuviera de acuerdo con la conformidad prestada por el propio menor, el Juez decidirá sobre la continuación o no de la audiencia, debiendo en este caso razonar su decisión en la sentencia.

3.- *Que haya conformidad con la medida solicitada.*

La conformidad del menor y su letrado debe referirse tanto a los hechos como a la medida solicitado. Ahora bien, puede ocurrir que el menor se declare autor de los hechos, pero no esté conforme con la medida solicitada por las acusaciones. En este caso, según el art. 36.2 LORPM, “se va a sustanciar el trámite de audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar la aplicación de dicha medida o su sustitución por otra más adecuada al interés del menor y que haya sido propuesta por alguna de las partes”.

4.- *Que haya conformidad con la responsabilidad civil solicitada.*

Por último, podría ocurrir que el menor o el responsable civil no estuvieran conformes únicamente con la responsabilidad civil solicitada. Según el art. 36.4 LORPM “cuando el menor o la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil no estuvieran conformes con la responsabilidad civil solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar el alcance de aquélla”. Por tanto, en este caso las pruebas y los debates de la fase de audiencia se van a limitar únicamente a la responsabilidad civil.

También podría ocurrir, que los terceros responsables civiles sean los que no se conformen con la responsabilidad civil solicitada. En éste caso, la solución será idéntica, sustanciándose el trámite de audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba relativa a la responsabilidad civil, esto es, la cuantía a la que ascienden los daños y perjuicios causados, quienes son los responsables civiles que deben hacer frente a los mismos y las víctimas beneficiarias y en qué cuantía cada una.

5.2.2. Efectos

Como acabamos de adelantar, en el supuesto de que el menor se muestre conforme con los hechos y la medida que se pide, el Juez deberá oír a su Letrado y a los responsables civiles para que manifiesten si están de acuerdo o no con la conformidad prestada.

En el supuesto de que todos muestren su conformidad, según el art. 36.2 LORPM, el Juez de Menores “podrá dictar resolución de conformidad”. Esta expresión utilizada por el legislador permite interpretar que la conformidad manifestada no vincula al Juez a dictar sentencia de conformidad con la medida más grave. Por lo que el Juez podrá acordar la duración de la medida que estime conveniente, llegando incluso a la absolución⁶¹.

Por último consideramos que, a tenor de lo previsto en el art. 787.3 LE-Crim, si el Juez de Menores considerara incorrecta la calificación formulada o entendiera que la pena solicitada no procede legalmente, requerirá a la parte que presentó ese escrito con la medida más grave para que manifieste si se ratifica o no en él y sólo si la parte requerida modificara su escrito en términos tales que la calificación sea correcta y la medida solicitada la procedente y el menor prestara de nuevo su conformidad, el Juez de Menores podrá dictar sentencia de conformidad⁶².

61 En este sentido vid. GIMENO SENDRA, Vicente, “El proceso penal de menores”, *La Ley*, núm. 6, 2001, págs. 1335 y ss; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “De la fase de audiencia” ..., op. cit., pág. 381.

62 Véase TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *El procedimiento penal del menor...*, op. cit., pág. 172.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, 1991.
- CALLEJO CARRIÓN, Soraya, “El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *Diario La Ley*, núm. 6366, 24 de noviembre de 2005 (www.laley.net).
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, “El principio de oportunidad reglada: Su posible incorporación al sistema procesal español”, en *La reforma del Proceso Penal*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989.
- “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el Proceso Penal”, *PJ*, núm. Especial VI, 1986
- DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo, *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *La responsabilidad Penal de los Menores. Adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre*, (con DE URBANO CASTRILLO), Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.
- DELGADO BARRIO, Javier, “El principio de oportunidad en el Proceso Penal Aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, en *La reforma del Proceso Penal*. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Madrid, 1989.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “De la fase de audiencia”, en *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Aranzadi, Navarra, 2008.
- FERNÁNDEZ FUSTES, María Dolores, “La mediación en el proceso penal de menores”, en *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2017.
- “Fase intermedia o de alegaciones”, en *Proceso Penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GARCÍA INGELMO, Francisco Manuel, “El Fiscal y el principio de oportunidad en la Ley 5/2000”, *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, VI-2000.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma, *El proceso penal de menores. Funciones del Ministerio Fiscal y del Juez en la instrucción, el período intermedio y las medidas cautelares*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- “El proceso penal de menores”, *La Ley*, núm. 6, 2001, págs. 1335 y ss.
- “El nuevo código procesal penal portugués y la anunciada reforma global de la justicia española”, en *Estudios de Derecho Procesal en honor a Víctor Fairén Guillén*, Valencia, 1990.
- “Los procedimientos penales simplificados”, *Justicia*, 1987.
- “La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988)”, *La Ley*, 1990, t. III.
- GONZÁLEZ CANO, María Isabel, “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores”, *Tribunales de justicia*, 2000, núm. 7.

- GRACIMARTÍN MONTERO, Regina, “La fase de audiencia”, en *La responsabilidad penal de los menores*, AA. VV., Zaragoza, 2003.
- GRANDE SEARA, Pablo, “Incoación del expediente de reforma y fase de instrucción”, en *Proceso Penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GUZMÁN FLUJA, Vicente, “La responsabilidad civil en el proceso penal de menores”, en *Proceso Penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- HASSEMER, Winfried, “La persecución penal: Legalidad y oportunidad”, *Jueces para la Democracia*, núm. 4, sept. 1988.
- LASTRA DE INÉS, Almudena, “La fase de investigación. La actuación instructora. Las soluciones extrajudiciales”, *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, núm. 6, 2000.
- LIBANO BERISTAIN, Arantza., *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011.
- LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, *La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores (comentarios, concordancias y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 2004.
- MIRA ROS, Corazón, *Régimen actual de la conformidad*, Colex, Madrid.
- MONTERO AROCA, Juan, *Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, 1997.
- MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Penal*, (con Cortés Domínguez y Gimeno Sendra), Colex, Madrid, 1999.
- *Derecho Procesal Penal*, (con Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- “La justicia penal y su reforma”, *Justicia*, 1988, págs. 313 y ss.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Bosch, Barcelona, 2005.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto., “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, en *La reforma del Proceso Penal*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989.
- POZUELO PÉREZ, Laura, *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores (AAVV)*, Cívitas, Navarra, 2008.
- REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto, “La víctima y el menor infractor”, en *Proceso Penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- RUIZ VADILLO, Enrique, “El principio de oportunidad reglada”, en *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989.
- SALOM ESCRIVÁ, Juan Salvador, «La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los menores», en *Justicia Penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- SORIANO IBAÑEZ, Benito, “La Fase de instrucción en el procedimiento de responsabilidad penal del menor. Especial referencia al principio de oportunidad”, *Estudios jurídicos*, núm. 2012, 2012.
- TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *El procedimiento penal del menor (Tras la ley 38/2002, de Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)*, Aranzadi, Navarra, 2003.

CAPÍTULO V

MANIFESTACIONES DE JUSTICIA TERAPÉUTICA DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD (II): MEDIACIÓN¹

Prof. Dra. Dra. h.c. mult. Silvia Barona Vilar
Catedrática de Derecho Procesal
Universitat de València

Sumario: 1. JUSTICIA TERAPÉUTICA, UNA MIRADA DIVERSA EN UN ENTORNO DE ULTRAPUNITIVISMO. OBSERVACIONES INICIALES. 2. LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO DEL MODELO RESTAURATIVO Y DEL MODELO TERAPÉUTICO: 2.1. ¿Supone un cambio de paradigma de la Justicia?; 2.1.1. Protagonistas de ese cambio de paradigma; 2.1.2. Hay conflicto en el proceso penal más allá del delito. 2.2. Mediación, como instrumento adecuado. 2.3. Notas caracterizadoras de la mediación. 3. ALGUNAS POSIBLES MANIFESTACIONES DE MEDIACIÓN TERAPÉUTICA ANALIZADAS DESDE SU ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO: 3.1. Ámbito objetivo. 3.1.1. Criterios generales; 3.1.2. Criterios especiales. 3.2. Ámbito subjetivo: criterios. 3.2.1. Referencia a situaciones de los victimarios; 3.2.2. Situaciones especiales de víctimas.

1. JUSTICIA TERAPÉUTICA, UNA MIRADA DIVERSA EN UN ENTORNO DE ULTRAPUNITIVISMO. OBSERVACIONES INICIALES

La sociedad actual vive un momento complejo, inquietante y paradójicamente contradictorio, en el que concurre una abracadabrante expansión masiva del Derecho Penal, que abandonó su consideración de *ultima ratio* hace ya algunas décadas para convertirse en la *prima ratio*. Una sociedad que sostiene una tensión entre la tutela de la ciudadanía y una sobredimensionada búsqueda de la “seguridad”. Y es esa idea de la seguridad la que ha gestado enormes cambios en las normas penales, propulsando una imparable metamorfosis en la legislación. Normas que se suceden a alta velocidad, germinando una suerte de anomia legislativa en muchos casos; normas que han incorporado nuevas modalidades de criminalidad, nuevos bienes jurídicos, un endurecimiento de las consecuencias jurídicas en cantidad y calidad, una expansión del ámbito subjetivo del delito, y un largo etcétera, que se han venido combinando con una palmaria regresión en el tratamiento procesal penal,

¹ Redactado en el marco del Proyecto de Excelencia de Generalitat Valenciana Prometeo 2018/111.

en parte por la aminoración de garantías (cada vez que se ha fomentado el reduccionismo procesal en aras de una pretendida eficiencia indiscriminada), en parte por una manipulación de colectivos maltratados, vulnerables, especiales, que han sido antepuesto a la otra parte subjetiva del proceso penal, los delincuentes, los sospechosos, los acusados, los condenados, una parte de la sociedad que hay que desterrar.

Se presenta políticamente la Justicia penal como la solución a todos los males de la sociedad. Una Justicia penal que abandonó los postulados de la resocialización a cambio de ofrecer respuestas rápidas, graves, retribución y castigo como ejemplarizante y como medida de segregación, que arranca votos y simpatías; una Justicia penal que no solo actúa *ex post*, sino *ex ante*, a saber, mediante una cada vez más sociedad preventiva en la que el control y la seguridad se vende a través de unas políticas preventivas basadas en policía predictiva, en cámaras, en controles aleatorios, con los que se ofrece a la ciudadanía una sociedad segura.

Obviamente en todo este nuevo paisaje hay diversas coordenadas que han jugado un papel espectacular: por un lado, el avance de la ciencia pero especialmente de la tecnología, que ha insuflado de enormes facilidades para el cumplimiento de esa securitización de la sociedad global; y por otro, la facilidad con la que las redes sociales y los medios de comunicación manipulan a las ciudadanas y ciudadanos de a pie, con mensajes de terror, de pánico, de miedo, que germinan un campo social adecuado para la inoculación de la fascinación por las políticas de control. Se ha ido construyendo una sociedad que se presenta como sociedad del riesgo y del miedo al riesgo, nada mejor para favorecer las medidas penales que se venden como absolutamente necesarias para paliar riesgos. Insistimos, se ha ido construyendo de forma global la denominada sociedad del riesgo y del miedo, erigida en criterio inspirador de políticas públicas y especialmente de políticas criminales, generando una enorme regresión de garantías y derechos, una maximización del derecho penal y una enorme desconfianza de la ciudadanía entre sí.

En ese entorno de percepción de miedo, de desconfianza, de frustración, las leyes penales y procesales penales han experimentado cambios.

Por un lado, como señalamos *supra*, hemos venido asistiendo a una frenética e imparable, amén de en muchos casos de emergencia, legislación penal expansiva y maximalista, que alimenta la expansión masiva de “lo penal”², cercenando los axiomas democráticos, los derechos fundamentales y los de-

2 HABERMAS, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus, 1991, p. 432.

rechos humanos³. Y todo ello bajo el paraguas argumentario de que la sociedad no pretende ya “más justicia”, sino más “represión”. De este modo, hemos ido convirtiendo el Derecho Penal en la *prima ratio*, que se extiende a la tutela de bienes jurídicos colectivos, que ha incorporado los delitos de peligro, el derecho penal de autor, conceptos como derecho penal del enemigo, delitos de odio y un largo etcétera. Se presenta un nuevo paisaje de la Justicia penal en la que se magnifica la idea de seguridad, del control, y con ellos, más represión y más regresión del Derecho Penal, convirtiéndolo en Derecho Penal “gendarme”. Todo ello, sin embargo, lejos de favorecer la satisfacción de los ciudadanos y las ciudadanas, ha traído mayor desencanto y también mayor violencia⁴.

Es casi como si el legislador penal padeciera del denominado síndrome de Münchhausen (con enfermedades imaginarias), y, a base de medicar a la justicia penal, de ofrecer posologías parciales (jarabes para acortar procedimientos, grageas para prevenir conductas delictivas o incluso para acallar protestas sociales ante una cierta inseguridad ciudadana, píldoras para redistribuir funciones investigadoras con cada vez más intervención policial, etc), hemos deformado y mutilado el sistema de justicia penal, y así hasta provocar -ahora sí-, la acuciante necesidad de una intervención quirúrgica interna y externa (de estética), una necesidad de decantarse por un modelo estable, respetuoso con el pasado, pero integrado en el presente -una presenta cada vez más digitalizado- y que pueda presentarse con solución para el futuro. La necesidad de configurar el mismo, de consolidarlo, es innegable; y con él de acabar con esta legislación motorizada o de alta velocidad que impide un sistema estable, que ofrece respuestas *ad hoc*, que está impregnando de inseguridades a los operadores jurídicos, a los clientes de la justicia y al ciudadano en general. Son, en consecuencia, múltiples, asimétricos y contradictorios los componentes de la Justicia penal, o *Injusticia* penal como podría denominársele en muchos casos, y es indudable que muchos de ellos son consecuencia de la sociedad global, cambiante y líquida que se vive, moviéndose bajo constante presión entre la renovación conceptual y en ciertos casos la regresión

3 BARONA VILAR, Silvia, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

4 HIGHTON/ALVAREZ/GREGORIO, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, Buenos Aires, Editorial AdHoc, 1998, pp. 17-18.

e involución⁵. Nos encontramos ante un verdadero cambio de era⁶, en la que también la Justicia penal ha mutado.

Y, por otro, paralelamente, hemos venido asistiendo a una necesaria transformación del modelo procesal penal. Tras la profusa búsqueda del modelo acusatorio, garantista, que de forma global se ha venido incorporando en la mayor parte de las legislaciones, con más o menos dificultades, la modulación y metamorfosis del sistema procesal penal no ha cesado. En unos casos, bajo la obsesiva interpretación del pensamiento economicista, se han incorporado en el proceso penal, con cada vez más asiduidad y eficacia, manifestaciones del principio de oportunidad. Con estas manifestaciones se ha trabajado la modulación de las normas, favoreciendo en ciertos casos las salidas del proceso penal, la incorporación de procedimientos abreviados o abreviables en función de la concurrencia de determinadas circunstancias. De este modo se han incorporado de forma habitual en la esfera procesal penal los acuerdos, los pactos, las conformidades en el proceso penal, que, entre otras cosas, han supuesto una reducción de trámites procesales. En ocasiones, no siempre, esa abreviación de términos implica igualmente una merma de garantías procesales.

Ahora bien, en ese escenario descrito emerge igualmente, desde hace algunas décadas y por razones dispares, una bocanada de aire fresco al clásico modelo judicial de justicia penal⁷, una mirada restaurativa de la Justicia Penal y en ciertos ámbitos una mirada terapéutica. Ambas son manifestaciones de la existencia en el proceso penal no solo de hechos objetivados como reprochables penales y denominados delitos, sino de otra realidad que se ha venido ignorando durante siglos, en el proceso penal también hay conflictos, aun cuando éstos quedaron catapultados por aquéllos.

El sistema penal se construyó objetivando la respuesta penal, para evitar el uso de la violencia frente a la violencia. Esa objetivación se hizo desde la

5 BARONA VILAR, Silvia, *Proceso penal desde la Historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

6 BARONA VILAR, Silvia, *Justicia Penal, Globalización y Digitalización*, Thomson-Reuters, Santiago de Chile, 2018.

7 Una reflexión interesante y una buena exposición centrada mas específicamente en el ámbito de la mediación penal puede verse en BELTRAN MOLTOLIU, A., “Modelo de mediación en los Estados Unidos de America”, en la obra colectiva *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos. Experiencias en España, EE. UU., Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 53 y ss.

norma, desde la ley, desde la objetivización de la calificación de los hechos, la respuesta y el tratamiento. La incontestable prevalencia de la ley consolidó el principio de legalidad y con él la aplicación del principio de oficialidad penal y sus consecuencias derivadas de la indisponibilidad y de la sustracción de la persona-víctima de la respuesta penal ofrecida en los sistemas jurídicos. Esta manera de concebir el sistema penal concebía que solo y exclusivamente el Estado podía decidir cuándo, por qué y cómo había que poner en marcha el aparato del Estado en la persecución de los hechos delictivos, que eran aquellos que el mismo Estado categorizaba en la norma penal, sin dejar espacio alguno a la libertad y autonomía de la voluntad de quienes se habían visto afectados.

Esa aplicación objetiva de la norma ciertamente permitió avanzar en esa conquista de la civilización por cercenar las facultades inquisitivas, las torturas, por garantizar los derechos de los ciudadanos y aplicar, indudablemente, un modelo procesal podríamos decir “neutral” para todos. Lejos de ser negativo, fue un avance esencial en la conformación del derecho moderno. Ahora bien, en ciertos casos la aplicación neutral de la norma genera consecuencias negativas, tanto para las personas como para el propio sistema legal en su conjunto.

Por un lado, es indiscutible que la configuración del modelo ultrapunitivista al que nos referimos en los inicios de este trabajo ha mermado de forma exponencial la función resocializadora que se predicaba del sistema punitivo en su conjunto. El endurecimiento de las penas, la recuperación de penas como la prisión permanente o la cadena perpetua, la aparición de las cárceles privadas en las que los condenados son depositados sin aplicarles tratamiento personalizado, las políticas criminales de segregación, entre otras, han venido a cercenar la función resocializadora que debiera cumplir el derecho penal y especialmente las consecuencias jurídico-penales. El Derecho Penal se fue olvidando de las personas para convertirse en un Derecho-respuesta ante una sociedad manipulada que pide seguridad. Esa respuesta es seguridad frente a garantías, seguridad frente a libertad, y esa seguridad exige la aplicación de la consecuencia jurídica desde la objetivización del hecho en el presente, sin valorar la importancia que puede arrastrar la aplicación de medidas que tiendan a mejorar la situación del acusado-condenado y su posible reinserción social. Esta función ha ido perdiendo interés en los legisladores modernos, lo que no es óbice a su todavía mantenimiento.

Por otro lado, las víctimas han vivido invisiblemente en el sistema penal.

Desde hace varias décadas, en el Siglo pasado, movimientos de recuperación de las víctimas venían exigiendo su visibilidad. En unos casos esos movimientos lo fueron con carácter general, como sucedió con la victimología y los autores de la “*Restorative Justice*”⁸, y en otros esos movimientos vinieron referidos a sectores concretos como sucedió con los movimientos feministas o inclusive con las teorías abolicionistas⁹. La aparición de la víctima visible en el sistema penal y procesal penal ha permitido que la incorporación de la reparación, como componente originalmente referido a la conducta del acusado-condenado y por tanto un tratamiento beneficioso bien en la condena o bien en ejecución de sentencia, se pasara a una interpretación de la reparación desde las víctimas. O lo que es lo mismo, el modelo de justicia restaurativa, que nació con vocación de recuperar a los delincuentes, permita igualmente generar un mayor grado de satisfacción a las víctimas, presentándose a este respecto como la manifestación más clara –la función restaurativa– de la visibilidad de las mismas. El impulso recibido desde las instituciones europeas ha permitido espectacularmente la incorporación en los diversos ordenamientos jurídicos de la Unión Europea de algunas normas favorecedoras de estas políticas restaurativas especialmente.

Por otra parte, el modelo penal que se ha venido consagrando en los últimos tiempos produce un colapso del sistema. Cada vez hay más derecho penal, hay más penas, hay más condenas, hay más condenados en las cárceles, hay más hacinamiento y hay menos resocialización. El coste económico de este sistema penal se hace cada vez más complicado, incluso en los países de mayor renta per cápita, y se vienen aplicando medidas como la privatización de las cárceles o el fomento de mecanismos que permitan paliar estos costes elevados de la Justicia, lo que implica estar abiertos a una esquizofrenia indudable: un más derecho penal pero con un intento exponencial de un cada vez menos proceso penal.

Con esas coordenadas convergen en el modelo penal y procesal penal actual la mirada del ultrapunitivismo sectorial, segregador y regresivo con una mirada que mira a las personas, tanto al victimario como a la víctima. Es des-

8 La evolución en algunos países puede verse en BARONA VILAR, Silvia (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

9 CHRISTIE/MATHIESEN/HULSMAN/SCHEERER/STEINERT/DE FOLTER, *Abolicionismo penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989 (Trad. Alberto Ciafardini y Mirta Lilian Bondeza).

de esta última mirada desde la que se incorporan componentes de la justicia restaurativa y de la justicia terapéutica.

Con la primera se introduce la restauración de la situación, la reparación a la víctima individual o a la víctima colectiva o social, se incorporan valores como la comunicación, la escucha, la asunción de responsabilidad y la posibilidad de colocarse en lugar del otro, todos ellos vinculados igualmente a la denominada justicia terapéutica, que permite incorporar una suerte de elementos que afectan al comportamiento. El sistema penal en su conjunto es obvio que puede ser el peor remedio para una respuesta terapéutica; es más, en muchos casos se convierte en la mejor de las respuestas anti-terapéuticas. Para poder truncar esa consecuencia derivada de la aplicación del mismo sistema jurídico, hay que trabajar para que el modelo ofrezca respuestas que, siendo terapéuticas, puedan favorecer a las personas victimarias con programas de razonamiento y resocialización¹⁰, a las víctimas en cuanto recuperen su autoestima, y el sistema en su conjunto, en cuanto permita por un lado que la ciudadanía mantenga confianza en el mismo, amén de evitar –algo que parece interesa mucho en los últimos tiempos a los políticos de la aldea global- el imparable gasto que supone el mantenimiento del sistema penal en su conjunto. Es imprescindible para ello que en la decisión judicial se trabaje desde estos principios de justicia terapéutica, se implique en ello, y el tribunal asuma y evalúe, como señala FLYNN¹¹, cualquier problema social o psicológico que pueda haber contribuido a las actuaciones criminales del delincuente.

Es más, esa función terapéutica que podría asumir el juez no lo es solo para las causas penales, sino también para los demás posibles procesos en los que ésta se hace necesaria. Un ejemplo de cuanto decimos sería precisamente la consideración de estos principios terapéuticos cuando se plantean temas de desahucio en la justicia civil, de manera que debieran los jueces trabajar con los servicios sociales precisamente para evitar tragedias humanas que se están produciendo en los últimos tiempos debido a la crisis económica, que han propiciado suicidios ante situaciones de desahucio, al sentirse absolutamente desasistidas. Se trata de trabajar con estrategias terapéuticas desde los

10 KNOTT, Christine, “The STOP Programme: Reasoning and Rehabilitation in a British Setting”, en Mc. Guire, James, *What Works: Reducing Reoffending*, Mc. Guire ed., 1995, p. 115.

11 FLYNN, Susan, *Therapeutic Jurisprudence: An Evaluation of the red Hook Community Justice Court*, Dissertation New York University, UMI's Dissertation Abstracts database, 2005, p. 53.

tribunales con los organismos asistenciales sociales frente a posibles riesgos de exclusión social. Ahora bien, para poder incorporarlas se hace necesario que se incorporen al sistema legal¹², de manera que se regularicen en el marco de las actuaciones procesales, formando parte de la actuación ordinaria de los protagonistas de la justicia.

Se trata, en suma, de ofrecer lo que la Justicia es, uno de los pilares esenciales del Estado, al servicio de los ciudadanos y no al revés, por lo que la necesidad de adaptabilidad a la realidad actual exige esos esfuerzos en aras de una mejor y más próxima justicia a la ciudadanía. Y es precisamente esa mirada de la Justicia la que exige adecuar los caminos para el cumplimiento de sus fines. El proceso penal ha sido hasta la fecha el cauce a través del cual se exigía tutela efectiva, se aplicaba el derecho penal al caso concreto y se canalizaba la persecución y aplicación de la sentencia penal; el proceso penal ha sido el instrumento de la Justicia Penal, y debe seguir siéndolo, en cuanto modelo procesal con garantías. Ello no es óbice, sin embargo, a la posibilidad de incorporar otros instrumentos y cauces que permitan cumplir con la función restaurativa y la función terapéutica, entre los que se encuentra la mediación.

2. LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO DEL MODELO RESTAURATIVO Y DEL MODELO TERAPEÚTICO

Los últimos tiempos han mostrado multitud de cambios en la integración de una mirada restaurativa en la Justicia Penal. Las normas especialmente en materia de responsabilidad penal de jóvenes y menores, amén de la progresiva y paulatina incorporación de la misma en la Justicia Penal de adultos, y los incontables proyectos piloto que se han ido desplegando en sedes judiciales, con el amparo del Consejo General del Poder Judicial, han alimentado una global aceptación de la función restaurativa. Una función que ineludiblemente se anuda a la noción de reparación, y a la imprescindible interacción entre las víctimas y los victimarios con la participación de nuevos protagonistas que participan de su desarrollo y puesta en práctica.

En un entorno de sociedad líquida, vacua y evanescente en sus máximas

12 WEXLER, David B., "How The Law Can Use What Works: A Therapeutic Jurisprudence Look at Recent Research in Rehabilitation", en *15 Behav.Sci.&L.* 365, 367, 1997. Es lo que este autor ha venido considerando como el estudio de la ley *como agente terapéutico*, en WEXLER, David, B.&WINICK, Bruce J., *Law in Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence* xvii, 1996.

y valores, esta mirada se presenta como una bocanada de aire fresco en un ambiente reconcentrado, sin oxígeno, fruto de un involucionismo penal consentido, y hasta deseado por la ciudadanía, que camina en la senda del recorte de las libertades, del control, de la securitización social, de la insatisfacción, de la desconfianza hacia al otro, y que favorece ineludiblemente las desigualdades¹³.

Es en ese entorno de desasosiego jurídico donde emerge la justicia restaurativa, una función de la Justicia Penal que permite la mirada al “otro”, la escucha, la responsabilidad, el perdón, la comunicación, la capacidad de aproximación y de integración de la función retributiva, la función preventiva general y la preventiva especial, a saber, desde la reparación se irradia la posible conformación de la consecuencia jurídica penal derivada de la comisión y prueba de los hechos delictivos, amén de la posible resocialización del sujeto pasivo, lo que va a coadyuvar ineludiblemente a “sentirse” presente las víctimas, amén de facilitar una mejora de la consideración de la Justicia por los ciudadanos; una mejora que iría directamente anudada a la percepción de una Justicia más próxima, más cercana, que integra la idea de violación de las normas con la de la quiebra las relaciones personales, o, dicho de otro modo, que integra la idea de delito con la idea de conflicto. Y con ello se ofrece una bocanada de aire a una sociedad descreída, con la economía como elemento inspirador, con falta de asideros, vacua, desmotivada y desilusionada.

En esa mirada hay componentes más allá de la reparación. Hay elementos de la función terapéutica que también se hallan intrínsecamente anudados a los anteriores, que permiten desde las normas, favorecer una función más proactiva por parte de los operadores jurídicos y especialmente los jueces junto a los demás para aplicar desde parámetros personalizados, psicológicos, sociológicos y psiquiátricos, unas medidas diversas que no sustituyan los razonamientos jurídicos empero sí que puedan modular las decisiones judiciales. Estos elementos pueden incorporarse mejor a través un instrumento que es, por naturaleza, más ágil, menos técnico, más flexible, menos formal y más próximo, cual es la mediación.

2.1. ¿Supone un cambio de paradigma de la Justicia?

La Justicia Penal retributiva y posteriormente preventiva no ha sido capaz

13 BARONA VILAR, Silvia, “Justicia Penal líquida. Desde la mirada de Bauman”, en *Revista Teoría & Derecho. Revista del pensamiento*, Tirant lo Blanch, Diciembre 2017.

de responder ante las expectativas forjadas en la sociedad. Antes al contrario, se ha ido mostrando paulatinamente la ineficacia preventiva de las sanciones, el olvido de la víctima, la despersonalización del derecho penal, la lentitud y el excesivo formalismo del proceso penal a través del cual se aplica el derecho penal al caso concreto, y un largo etcétera, que fueron mostrando una enorme frustración por el modelo de Justicia, que no ha dado respuesta a todas las modalidades de criminalidad ni a los posibles medios que se pueden emplear para eludir la acción de la justicia (basta pensar en la denominada cibercriminalidad, las multiplicadas causas de corrupción, los macroprocesos, el terrorismo, la violencia de género, etc). Ni el sistema penal ha sabido dar respuesta a estos fenómenos, probablemente porque hay otros medios diversos que podrían dar respuestas a estas situaciones o al menos a algunas de ellas, ni el proceso penal es el único instrumento que permite garantizar una respuesta adecuada, pertinente y satisfactoria, de acuerdo con los parámetros legalmente establecidos.

Surge una necesidad insoslayable de dar entrada a nuevos protagonistas, entre ellos las víctimas, pero no solo, y a numerosos profesionales como asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, que participan de acciones de mediación en aras de ofrecer respuestas desde la mirada restaurativa y desde la mirada terapéutica. Todos ellos trabajan más adecuadamente en el cumplimiento de esta misión a través de un procedimiento que permita el diálogo, la escucha, la comprensión o la incomprensión, la expresión de percepciones, la explicación del discurso, el cambio de narración y también el trabajo conjunto con mediadores para dar respuestas penales que puedan incorporarse al proceso penal y ser igualmente valoradas por los jueces a la hora de dictar las sentencias penales.

Ese instrumento que favorece estas nuevas funciones en el paisaje de la justicia penal es la mediación, que efectivamente comporta una transformación de los personajes y sobre todo de los roles que deben desarrollar y, en consecuencia, introduce un cambio de paradigma.

En ese cambio de paradigma hay varios componentes que le caracterizan, que vamos a desarrollar desde los dos ámbitos, el subjetivo y el objetivo.

2.1.1. Protagonistas de ese cambio de paradigma

Por un lado, la aparición de esos terceros que no son ni el juez ni el fiscal en el desempeño de la función de mediación, desde la que es posible trabajar

con la víctima y el victimario, transformando las respuestas y también las exigencias que pudieren venir de ambas partes. Estos terceros van a dirigir este procedimiento de mediación, estando capacitados para ello, pero no van a actuar de espaldas al sistema procesal sino, antes al contrario, intrínsecamente vinculados al mismo. No se trata en absoluto de sustituir un modelo por otro, sino de incorporar la mirada restaurativa y terapéutica al modelo de justicia penal de la actualidad.

Debe considerarse, empero, que la actitud del juez en el marco de este nuevo paradigma es absolutamente esencial por cuanto, amén de mostrar aceptación de la realidad reparatoria e incluso terapéutica y aceptar la intervención de terceros, va a representar un factor absolutamente esencial en el momento de dictar sentencia, incorporando en la decisión judicial contenida en la sentencia, tras el trabajo realizado en mediación, los resultados alcanzados atendiendo a esa misión terapéutica y reparatoria. Y lo mismo debe señalarse respecto del Fiscal y la Policía. Para que esta nueva mirada de la Justicia penal funciones será absolutamente necesario generar sensibilidad hacia ella y sobre todo favorecer la capacitación necesaria a los protagonistas de la Justicia en los métodos, los conceptos, el lenguaje y los mecanismos adecuados para la incorporación de los mismos en la Justicia Penal.

Debemos considerar, igualmente, que la incorporación de la reparación inicialmente y posteriormente la función terapéutica en la justicia penal no se refiere tan solo a la víctima, sino también al victimario. No en vano debe considerarse que las primeras manifestaciones de la justicia restaurativa estaban especialmente referidas al sujeto pasivo del proceso, ofreciendo al mismo una posibilidad de resocialización desde su reparación a la víctima individualmente considerada y a la sociedad en general, entendiendo por reparación un concepto amplio que abarca tanto la reparación material o económica como la reparación consistente en la devolución de la cosa hurtada, robada o desappropriada, amén de una reparación relacional, que favorece comportamientos o respeto de determinados protocolos de actuación de presente y futuro, todo ello sin olvidar la consideración de reparación también cuando se hace referencia a los posibles trabajos que puedan desempeñarse en beneficio de la sociedad. Todos ellos son claras manifestaciones de esa estrecha vinculación que existe en el cumplimiento de la función reparatoria o terapéutica del imputado-acusado-condenado, a quienes se les puede modular la condena en función de la reparación en el sentido expuesto o la participación del mismo en tratamientos específicos (de control de violencia, seguridad vial, desintoxicación, etc).

Esta función reparatoria y terapéutica tiene, en tercer lugar, un ámbito subjetivo importante en la protección de la víctima. Es indudable que la víctima se hace visible en el modelo de justicia penal, transformando el mero “ser” víctima al “estar” como víctima en el modelo de justicia penal, poniendo fin al estado de *nada (vacío) legal*¹⁴ en que se encontraba, en situación de inferioridad procesal respecto de los demás sujetos intervinientes en el proceso. Incorporar a las víctimas comporta un cambio de cultura jurídico-penal, pero no atenta ni contra los derechos del imputado ni contra la defensa social; ello no es óbice a la consideración en ciertos casos del comportamiento de la víctima como elemento condicionador de las consecuencias jurídico-penales¹⁵. La víctima recupera protagonismo en la Justicia Penal y lo hace integrándose como protagonista en la Justicia, pero no a costa del acusado, limitando o restringiéndole derechos y garantías, sino vinculándose precisamente a él.

En la culminación de esta función es absolutamente esencial la labor que desempeñan los mediadores, quienes actúan como facilitadores de una situación relacional, algo que en el proceso penal no se plantea ni probablemente debiera hacerse, dada la finalidad que, como instrumento de aplicación del derecho penal –tal como está concebido en la actualidad–, cumple, a saber, la incorporación de hechos, la práctica de prueba de los mismos así como la aplicación de la norma jurídica al caso concreto, en atención al razonamiento jurídico que el juez lleva a cabo en el momento de dictar sentencia y en atención a las calificaciones que realizan acusación y defensa. En suma, el proceso penal analiza los hechos y los valora a efectos de determinar la existencia o no de la comisión de un hecho delictivo y la existencia o no de responsabilidad penal del mismo.

2.1.2. Hay conflicto en el proceso penal más allá del delito

La situación relacional que propicia la concurrencia de un conflicto desapareció del sistema de Justicia Penal al conformarse el sistema jurídico penal existente. Se eliminó la posibilidad de que esa situación, generada como con-

14 En la doctrina inglesa se le denominaba originalmente *legal nonentity*, al que se refiere FATTAH, E.A., “From Crime Policy to Victim Policy. The Need for a Fundamental Policy Change”, en *Annales Internationales de Criminologie*, 29 (1991), No. 112, p. 45. Se tradujo al alemán como *rechtlichen Nichts*, KILCHLING, Michael, *Opferinteressen und Strafverfolgung*, Freiburg, Edition Iuscrim (MPI), 1995, p. 1.

15 BARONA VILAR, Silvia, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., p. 115.

secuencia de la acción desarrollada por el presunto autor del hecho, favoreciera acciones de venganza a través de un instrumento garantista como es el proceso. Se diseñó un modelo de Justicia que negaba la venganza, que impedía la acción de la víctima como protagonista receptor de la acción del sujeto pasivo del proceso y se desterraba cualquier atisbo de que en el proceso penal se pudiere ventilar respuestas a la ruptura de la situación relacional entre víctima y victimario. Esto no implicaba sino la consideración de que en la Justicia penal aplicada a través del proceso penal no se trataban conflictos sino delitos. Los primeros no tenían cabida en el ámbito del sector público-penal.

La razón de ser de este modelo se asentaba en la concepción russoniana y de los ideólogos de la Revolución Francesa del contrato social. Desde este modelo de la modernidad, que dio lugar a la justicia penal paradigmática, se asumió la teoría del contrato social que implicaba que los ciudadanos tenían derechos y éstos los cedían en parte al Estado para garantizar la protección de éste respecto de sus ciudadanos. Esa garantía se reflejaba en numerosos aspectos pero esencialmente, en lo que materia penal se refiere suponía la incorporación de determinadas materias, las más reprochables socialmente, en la norma penal; norma que quedaba diseñada por el Estado, controlada por el Estado y aplicada por el Estado tanto en la persecución de los hechos tipificados como hechos delictivos en la norma penal como sancionada de acuerdo con las normas estatalmente configuradas. En esa percepción del contrato social las víctimas estaban asumiendo la dejación de su propia protección en manos del Estado, no tanto porque éste expropiara sus derechos, sino por las víctimas así lo asumían en el marco del contrato suscrito entre el Estado y los ciudadanos.

Pasados los siglos desde que se instalara el ideario revolucionario francés en el ordenamiento jurídico moderno, tamizado por la concepción napoleónica del sistema jurídico, a la que se fue incorporando la construcción jurídica alemana y la italiana y la evolución de los derechos nacionales y, en los últimos tiempos, los movimientos jurídicos interregionales y supranacionales que van armonizando, cuando no homogeneizando los sistemas jurídicos, diversos son los debates que se suscitan en torno a la efectividad social (no en términos económicos) que el modelo penal presenta a la sociedad actual, neomoderna. Ni el sistema ha sabido aminorar la criminalidad, ni el sistema ha sabido integrar socialmente a los delincuentes, ni el sistema ha permitido que las víctimas encontraran en él una respuesta del Estado adecuada y pertinente a los hechos provocados. En suma, una gran dosis de insatisfacción que

se engrandece con los años y propicia sucesivas reformas legales en busca de unos objetivos que no parecen dirigirse a la tutela de las personas sino al control, a la seguridad, a cualquier precio. Pero sin que esos objetivos tampoco se puedan alcanzar.

Algunos de estos componentes expuestos son los que han causado movimientos a lo largo del Siglo XX y también en el Siglo XXI. La lectura de los abolicionistas y los minimalistas del Derecho Penal ofrecen argumentos suficientes para defender la inutilidad del Derecho Penal y la necesidad de buscar soluciones alternativas al mismo, que puedan pasar por la desaparición del derecho penal o su aminoración. No sosteniendo su abolición, somos muy partidarias de su necesario adelgazamiento. El derecho Penal ha ido expandiéndose a todos los ámbitos de la vida, apareciendo nuevos bienes jurídicos a proteger, nuevos tipos penales, más penas y más graves, muchas dosis de derecho penal y pocos resultados que permitan considerar que la sociedad camina hacia una mejora de sí misma y de las personas. Un proceso largo de liposucción del Derecho Penal vendría estupendamente en aras de una mejora de las relaciones personales y sociales, la incorporación de valores como la responsabilidad y el ejercicio de la libertad –que no se sabe como manejarla–.

En ese contexto y de alguna forma anudado a algunas de las falencias que el modelo plantea, emerge de nuevo –a mi parecer de forma acertada– la idea de conflicto. Dicho de otro modo, hay hechos que pueden ser calificados como delitos, eso es indudable, mientras exista una norma que así lo establezca en el Código Penal, pero ello no es óbice a que en la conducta concurre un elemento de conflicto, que afecta a dos o más personas y por ende el conflicto interpersonal y el conflicto social existe. Todo lo que suponga el ejercicio de violencia (sustrayendo un bien, arrebatando dinero, entrometiéndose en la esfera íntima de una persona, y un largo etcétera) incide en la construcción social, generando un conflicto.

Los motivos por los que se genera el conflicto son elementos a valorar por la justicia también, y muy especialmente si admitimos que en el nuevo paradigma de justicia se deben incorporar y se han ido incorporando manifestaciones de la función restaurativa y de la función terapéutica. A título de ejemplo, el conflicto en materia penal puede producirse como consecuencia de una situación de escasez de recursos, que lleva a apropiarse de bienes para poder sobrevivir la persona o su familia, si bien esa conducta no es solo un hecho delictivo sino que afecta a quien se le arrebatan, quien tiene derecho a su propiedad o su posesión o su uso.

La consideración de que el conflicto existe no supone sustituir la afirmación de la concurrencia de hecho delictivo por la de conflicto, sino la integración de ambos. La valoración del hecho delictivo y la posible responsabilidad se declarará en la sentencia judicial que se dicte al finalizar el proceso, si bien la consideración de la existencia de conflicto, amén de la incorporación de herramientas reparatorias y terapéuticas requieren de un instrumento más adecuado, más flexible, más modulable, menos técnico y que sea dirigido por quienes conocen y se hallan capacitados para gestionar emociones, percepciones y conflictos.

2.2. Mediación, como instrumento adecuado

Atendidas las premisas anteriores y dada la necesidad cada vez mayor de incorporar el componente relacional entre la víctima y el victimario, siempre que ello sea plausible, las soluciones para favorecer en el marco de la comisión de los hechos delictivos la valoración del conflicto, las causas del mismo y sus consecuencias, pueden ser varias: cabría a medio y largo plazo modificar la ley e introducir ese nuevo componente de justicia terapéutica que llevaría a su aplicación directa por los tribunales, lo que supondría que el proceso penal serviría de instrumento igualmente adecuado para valorar desde la función terapéutica especialmente la respuesta del derecho ante el quebrantamiento de las normas sociales por el presunto autor del hecho.

La opción más realista a corto plazo es la de trabajar a través del procedimiento de mediación, conocido, incorporado al ordenamiento jurídico, experimentado en algunos sectores especialmente, y que permite un trabajo en equipo, atendido por psicólogos, asistentes sociales, juristas que conocen bien las herramientas de la mediación, psiquiatras, y personal debidamente preparado al efecto. Las experiencias constatadas de la mediación como procedimiento para el ejercicio de la justicia restaurativa permiten conocer sus ventajas y su *modus operandi*.

La mediación, amén de otros instrumentos restaurativos, ha permitido incorporar nuevas herramientas que han trabajado en esa búsqueda de un nuevo modo de repensar la justicia penal. Desde ella se visibilizan las personas y no tanto los hechos, trabajando el reconocimiento del otro, que, obviamente pasa por otorgar la posibilidad al delincuente de responder ante las víctimas, responsabilizándose de la reparación del daño causado. También las víctimas tienen la posibilidad de reconocer al otro, escuchando su relato.

Se convierte en el medio para garantizar la justicia restaurativa, justicia a la que BRAITHWAITE califica como una manera de consagrar un verdadero estilo diverso de vida, dado que no sólo se concibe como una aportación hacia la reforma del sistema de justicia criminal, sino que *es un camino para transformar el sistema legal en su conjunto, nuestro estilo de vida, nuestra conducta en el ámbito laboral y la manera de actuar de los políticos*¹⁶, un proyecto intelectual y político mucho más ambicioso que lo que normalmente se ha venido considerando¹⁷. Este autor parte en su concepción de la necesidad de actuar frente a lo que denomina como “*injusticia preventiva*”¹⁸.

Es indudable que confluyeron determinados movimientos e instrumentos simultáneamente y se retroalimentaron entre sí. Durante la década de los años ochenta del Siglo XX emergió la justicia restaurativa especialmente en algunos países anglosajones mediante la aplicación de unas prácticas innovadoras que favorecían el diálogo y la reconciliación entre víctima y ofensor, como respuesta a esa sensación de frustración que el modelo penal generaba entre los ciudadanos. Estas prácticas casaban perfectamente con el movimiento de búsqueda de métodos diversos de los tribunales para la solución de los conflictos que desde la década de los años sesenta adquirió una influencia enorme especialmente en EEUU, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, y que se denominó con las siglas ADR (originariamente *Alternative Dispute Resolution*, para pasar posteriormente a denominarse como *Adequated Dispute Resolution*, al integrar medios que son claramente complementarios a la vía judicial). E igualmente, se vincularon e integraron con el movimiento de recuperación de las víctimas en el panorama penal, y con tintes del discurso abolicionista y con las corrientes de la criminología crítica.

Todos estos movimientos hacían evidente una necesidad de cambios, de repensar la justicia penal, de integrar nuevos fines, nuevos objetivos de la misma. Y no se trata de sustituir una función por otra, una mirada de la justicia por otra¹⁹, sino el intento de integrar justicia retributiva y restituti-

16 BRAITHWAITE, John, “Principles of Restorative Justice”, en *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, (VON HIRSCH, A/ ROBERTS, J ed), Oxford, Portland, Hart Publishing, 2003, p. 1.

17 BRAITHWAITE, John, “Principles of Restorative Justice”, cit., p. 18. Insiste también en un valor añadido que comporta que la misma es un camino para conseguir que la ciudadanía respete y crea en la justicia.

18 BRAITHWAITE, John, “Principles of Restorative Justice...”, cit., p. 5.

19 Aun cuando ciertamente puede afirmarse que en sus inicios se veía como una sustitución de lo existente. Así, uno de los autores BARNETT entendió que debía procederse

va²⁰. La aparición de la justicia restaurativa y de su instrumento principal, que no el único, la mediación, no implica en absoluto que se pretenda que el delito deje de ser una ofensa social para convertirse en un conflicto individual, o defensa del interés de la víctima con desaparición del interés social, sino la intrínseca simbiosis de ambos, ante la existencia de unos hechos, de una conducta, que poseen reproche social en el Código Penal. Así lo entendió ZEHR, uno de los padres de la *Restorative Justice*²¹. Para este autor se dan los elementos para un nuevo paradigma de justicia. El sistema penal no funciona ni para el ofensor ni para las víctimas, dado que ni se han conseguido desincentivar la comisión de delitos y no favorece la asunción de responsabilidad por parte de éstos, ni las víctimas ven satisfechas sus necesidades. ZEHR propone, en consecuencia, un modelo de justicia que se basa en la concepción del delito como una violación de las relaciones humanas, de manera que los sentimientos de las víctimas y del ofensor no deben verse como algo periférico, sino que se ubican en el elemento nuclear del problema. Es por ello que hay que focalizarse, no tanto en el pasado cuanto en el futuro, siendo la “*restoration*” (hacer las cosas bien) el elemento de este nuevo paradigma de justicia, es decir, tratar de recomponer las relaciones sociales en lugar de imponer sufrimiento²².

Es innegable que la aceptación e incorporación de la justicia restaurativa ha supuesto la inoculación de nuevos elementos que llevan a *repensar la*

a la superación del “paradigma del castigo” (*paradigm of punishment*), que tras 900 años de predominio en Occidente ya no halla razones para mantener su credibilidad, máxime cuando el mundo se ha transformado y está secularizado. El sistema de justicia penal fracasó en sus objetivos preventivos y no puede sostenerse por una vinculación racional entre el sufrimiento provocado por la pena en el delincuente y el daño sufrido por la víctima. Según BARNETT el sistema de retribución “punitiva” debe dejar paso a un sistema puro de carácter restitutivo (BARNETT, R.E., *Restitution: a new paradigm of criminal justice*, Ethics, 1977, p. 279.

20 SHERMAN, L.W./STRANG.H., *Restorative justice: the evidence*, London, The Smith Institute, 2007, p. 52.

21 ZEHR, H., *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, publicado en 1990, y sostenía que no había que enfrentar la justicia restaurativa con la retributiva; y doce años después continuaba manteniendo este autor “*Despite my earlier writing, I no longer see restoration as the polar opposite of retribution*”(ZEHR, *The Little Book of Restorative Justice*, Intercourse, Pennsylvania, Good Books, 2002, pp. 58-59).

22 ZEHR, H., “*Retributive justice, restorative justice*”, publicado en *New Perspectives on Crime and Justice*, n. 4, 1985, Mennonite Central Comité, Office of Crime and Justice.

*justicia penal*²³, a un replanteamiento a algunos de los postulados que a lo largo de la historia estuvieron ya presentes, y de alguna manera el punto de inflexión se halla en el significado y sentido que se da en los ordenamientos jurídicos a la reparación en el sistema penal. Y entre esos postulados se halla la reparación, empero también la función y los principios terapéuticos.

Al incorporar estos elementos nuevos en la Justicia Penal se hacía más que razonable pensar en otros instrumentos, allende el proceso penal, que favorecieran precisamente su viabilidad práctica. Jurídicamente el nexo de conexión que permite incorporar estos elementos que quiebran algunos de los componentes del modelo de justicia distributiva consagrada en el Siglo XVIII-XIX y mantenida hasta bien avanzado el Siglo XX se fundamentaban en el principio de oportunidad. Un principio que, incorporado en las normas procesales penales justificaba legalmente sobreseimientos, archivos, abreviaciones procedimentales, acuerdos, pactos, salidas del proceso y un largo etcétera, o, dicho de otro modo, el camino no siempre era recto y a través de la aplicación del principio de oportunidad se abrían una suerte de salidas hacia caminos menos turbulentos, más cortos, más ágiles y más sencillos.

Y es precisamente el principio de oportunidad el que ha justificado igualmente en los sistemas procesales la incorporación tímida inicialmente y menos tímida a medida que ha ido avanzando el tiempo, de la mediación, como instrumento que permite que quienes no son jueces ni fiscales, puedan trabajar en equipo, con presuntas víctimas y presuntos victimarios, en aras de buscar el reconocimiento del otro, inicialmente en el ámbito de la responsabilidad penal del menor, empero posteriormente y de manera exponencial extendiéndolo a la responsabilidad penal de adultos. Un procedimiento que trabaja con valores como la escucha, la responsabilidad, el ponerse en lugar del otro, y la búsqueda de acuerdos que, incorporados al proceso, producen efectos procesales como puede ser la terminación del proceso, el archivo, la conformidad, etc.

Insistimos en afirmar que la mediación no es un instrumento de víctimas o un instrumento de victimarios. Es un instrumento que permite trabajar desde la mirada de la justicia restaurativa y terapéutica. Si bien originariamente la idea de reparación que fundamentó la impronta de la Justicia restaurativa esencialmente se vinculaba al sujeto activo del delito, pasivo del proceso – algo que no debe perderse de vista- el movimiento favorecedor de la justicia restaurativa, los servicios restaurativos, se han centrado en la víctima en los

23 BARONA VILAR, Silvia, *Mediación penal...*, 2011, cit., p. 119.

últimos tiempos. La expresa dicción de las normas son palmarias al respecto, y solo en el apartado referido a la mediación se da entrada, como procedimiento con tres personajes ineludibles que es, a la figura del victimario, en posición de igualdad de trato y de equilibrio respecto de la víctima.

Esto nos debe llevar a considerar la necesidad de identificar conceptualmente la justicia restaurativa de los instrumentos que permiten su obtención. Dicho de otro modo, la legislación española incorpora en el artículo 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito la referencia a los servicios de justicia restaurativa y a la mediación penal. La mediación no es justicia restaurativa, sino el procedimiento, la sucesión de actuaciones que pueden llevar (o no) a la obtención de esa justicia restaurativa que favorece a las víctimas, a los victimarios y a la sociedad en su conjunto. O lo que es lo mismo, es un instrumento que favorece el cumplimiento de las tres funciones del Derecho penal: la preventiva, la resocializadora y la restaurativa. Es por ello que debe diferenciarse los servicios de justicia restaurativa a que se refiere el art. 15 del Estatuto de la víctima, que están centrándose en ayudar, cooperar, a las víctimas, de la mediación como procedimiento vinculado inevitablemente a la existencia de un proceso penal. En cualquier caso en la mayor parte de los países, como sucede en España, las experiencias de justicia restaurativa en España antes del Estatuto de la víctima, se han centrado fundamentalmente en la mediación. Ello no es óbice a la existencia de algunos exponentes de encuentros restaurativos (que han incorporado una suerte de elementos terapéuticos en muchos casos de mayor intensidad que los reparatorios), alguno de los cuales mencionaremos *infra*.

2.3. Notas caracterizadoras de la mediación

La consideración de la mediación como instrumento de aplicación de la función terapéutica nos lleva a considerar las notas que nos permiten caracterizarla.

1. La mediación no es un proceso, sino un procedimiento extrajudicial, en virtud del cual víctima e infractor voluntariamente se reconocen capacidad para participar en la resolución de la causa penal, con intervención de un tercero, al que llamamos mediador (o equipo mediador), reestableciendo la situación previa al delito y el respeto al ordenamiento jurídico, amén de dar satisfacción a la víctima y el reconocimiento de tal actividad por el victimario. Se trata de un medio en el que se trabaja con elementos como diálogo

y reconstrucción de la paz social quebrada por el hecho delictivo, escucha y comunicación, trabajando la comprensión, lo que permite la minimización de la violencia estatal, devolviendo, en consecuencia, cierto protagonismo a la sociedad civil. No se desarrolla una función heterocompositiva, sino autocompositiva, actuando el mediador o el equipo mediador *inter partes*.

2. Su fundamento es la libertad, *la decisión libre de las partes de querer someterse a mediación*. Esto no altera el principio de oficialidad que rige en materia penal. De hecho, las partes pueden acudir a la mediación, de forma voluntaria, por recomendación de las autoridades de persecución penal, que sugieren este modelo de mediación a la víctima y al victimario, o, por el contrario, puede ser fruto de una decisión personal y propia de las partes, que lo propulsan ante las autoridades correspondientes.

3. El procedimiento debe ser *flexible*, poco formal pero *con garantías*, en cuanto se respeten los derechos de igualdad, contradicción, derecho de defensa o presunción de inocencia, principios esenciales de intervención de las partes en cualesquiera modalidad de tutela realmente efectiva de los ciudadanos²⁴. Serán esas garantías, como apunta VON SCHLIEFFEN²⁵, las que presentarán la mediación como una manifestación de hacer justicia, si bien no como una vía contra la justicia penal clásica (proceso penal). Si la mediación como procedimiento no se integra en la norma y se convierte en un “oscuro” espacio sin control las posibilidades de fracaso de la misma son más que previsibles. De ahí la importancia de su integración como instrumento para el ejercicio de funciones que deben también tener su viabilidad en el mismo sistema.

4. Es un perfecto complemento del proceso penal. No se trata de sustituir un modelo por otro²⁶, aniquilar el proceso por el procedimiento de mediación, sino de alcanzar la integración de la mediación en el modelo de justicia

24 TRANKLE, Stefanie, *Im Schatten des Strafrechts. Eine Untersuchung der Mediation in Strafsachen am Beispiel des deutschen Täter-Opfer-Ausgleich und der französischen „médiation pénale“ auf der Grundlage von Interaktions- und Kontextanalysen*, Berlin, Duncker&Humblot, 2007, p. 43.

25 VON SCHLIEFFEN, K Grafin, “Mediation im Rechtsstaat –Chancen einer neuen Konfliktordnung”, en HAFT, Frithof/VON SCHLIEFFEN, K. (ed), *Handbuch Mediation*, München, 2002, p. 176.

26 Pese a la consideración por algunos autores como *la vía penal del siglo XXI*, GALAWAY, Burt, “Prospects”, en *Mediation and Criminal Justice (Victims, Offenders and Community)*, (WRIGHT/GALAWAY, ed), Bristol, 1989, p. 275.

penal²⁷, con una convivencia “más o menos pacífica” de ambos sistemas²⁸. Se produce lo que algún autor ha denominado en la doctrina como el *model of cooperation* producto del concepto sociológico del *reflexive law*, la integración de ambas funciones. Como apunta WALGRAVE²⁹, solo es posible este modelo de justicia integrado en el ordenamiento jurídico y desde una respuesta estatal.

5. Es por ello la mediación una modalidad de tutela del ciudadano. Su fin es la consecución de la reinserción, la reparación y la paz social, todos ellos elementos de la justicia restaurativa, amén de la función terapéutica que puede igualmente ejercitarse a través de la misma. En suma, es un instrumento del instrumento, que es el proceso penal.

6. Interviene una trilogía subjetiva: el mediador, tercero neutral e imparcial, y las partes –presunta víctima y presunto victimario–. Un modelo que funciona muy adecuadamente es el del equipo técnico mediador, con juristas, psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales y educadores sociales. El equipo técnico permite desempeñar la labor mediadora de una forma integral, lo que no es óbice a la posible actividad mediadora penal desempeñada por mediadores individuales, en quienes concurren los requisitos de capacidad y habilitación para el desempeño de la función que se les atribuyera en materia penal.

Los mediadores tienen las siguientes facultades: 1) Posibilidad de no iniciar el procedimiento de mediación si entienden no se va a cumplir con los fines propuestos, no siendo beneficioso para las partes; 2) Tienen derecho a un espacio en el que se lleven a cabo las sesiones de mediación, garantizándose la confidencialidad y la confortabilidad en el desarrollo de las sesiones; 3) Mantendrán en el desarrollo del procedimiento la debida diligencia y respeto a los derechos de las partes y actuará con flexibilidad; con posibilidad de suspender, en su caso, el procedimiento de mediación cuando entienda que puede causar algún perjuicio a alguna de las partes que se hallan en conflicto;

27 DOMENIG, Claudio, *Restorative Justice und integrative Symbolik. Möglichkeiten eines integrativen Umgangs mit Kriminalität und die Bedeutung von Symbolik in dessen Umsetzung*, Bern/Stuttgart/Wien, Haupt ed., 2008. En general toda la obra es una propuesta de integración. Especialmente interesantes son las pp. 324-326.

28 ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, “Penal mediation service in a Basque urban local court”, *Oñati Socio-legal Series*, vol. 1, n. 9, *Autonomy and Heteronomy of the Judiciary in Europe*, 2011, pp. 3-4.

29 WALGRAVE, Lode, “Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain: Reflections on the judicial reaction to crime”, en “”, en *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, (VON HIRSCH, A/ROBERTS, J ed), 2003, cit., p. 76.

4) Podrán realizar cuantas sesiones considere oportunas, manteniendo contacto con los sujetos que intervienen en la mediación, mediante entrevistas individuales o grupales; 5) Determinarán las sesiones de mediación; 6) Conservarán documentalmente (en papel o soporte electrónico) las actuaciones realizadas en el seno de la mediación, así como una copia del material remitido por el Juzgado en la derivación a mediación.

Asimismo, quedarán obligados a: 1) Guardar la debida confidencialidad; 2) Actuar bajo los principios de imparcialidad, neutralidad y objetividad; 3) Iniciar el procedimiento tan sólo cuando se haya manifestado por las partes la voluntad libre de participar en él; 4) Promover el acuerdo; 5) Deber de poner fin al procedimiento de mediación en el plazo que se establezca, presentando informe con el acta de reparación, en su caso, o no, al Juzgado; 6) Deber de cumplir las reglas deontológicas profesionales que correspondan, sin que pueda simultáneamente cumplir la función mediadora con la de asesoramiento jurídico. La quiebra de estas obligaciones implica responsabilidad por incumplimiento de su función, civil, disciplinaria y penal en su caso.

3. ALGUNAS POSIBLES MANIFESTACIONES DE MEDIACIÓN TERAPÉUTICA ANALIZADAS DESDE SU ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO

Prima facie, no todos los hechos presumiblemente delictivos pueden incorporarse a un procedimiento de mediación, de modo que habrá algunos supuestos en los que la mediación ni es adecuada ni es pertinente, si bien a mi parecer esa pertinencia y adecuación no puede estar regulada con carácter previo y de forma *numerus clausus* en la norma, sino que debe quedar integrada en la función propia de quien mantiene la persecución penal y quien efectúa el razonamiento jurídico en la decisión de la sentencia, o incluso quien controla la ejecución penal. Este ha sido uno de los grandes debates que se han ido suscitando en la aplicación del procedimiento de mediación, manteniéndose al respecto posiciones a favor y en contra de la fijación legal del elenco de supuestos que permiten mediación y los que solo pueden plantearse a través del proceso penal.

En cualquier caso, como quiera que no se trata en este trabajo de analizar la mediación penal con carácter general, sino específicamente referida a los supuestos de mediación terapéutica, vamos a tratar de determinar el ámbito objetivo y subjetivo de la misma, o si cabe, algunas propuestas que podrían

favorecer la remisión a mediación cuando por razón de los sujetos o de los hechos la función terapéutica pueda contribuir a una respuesta penal más adecuada.

3.1. **Ámbito objetivo**

Como hemos adelantado *supra*, uno de los grandes debates en torno a la mediación ha sido y es la delimitación objetiva y subjetiva de la misma, a saber, en qué casos y con quiénes es recomendable y pertinente la mediación penal y en qué supuestos, no lo es. La complejidad se halla en la conveniencia o no de fijar límites objetivos y subjetivos de la mediación. Opiniones diversas son las que concurren en relación con esta cuestión. Y a este respecto quizás las soluciones que las diversas legislaciones ofrecen y su experiencia ofrecen, en su caso, criterios para valorar la conveniencia de configurar legalmente los supuestos de mediación de forma taxativa (*numerus clausus*) o su no conveniencia, entendiéndose innecesario establecer criterio alguno (*numerus apertus*), lo que no es óbice a la configuración de ciertos criterios permeables y amoldables a las circunstancias objetivas y subjetivas que puedan concurrir en cada caso.

Comenzando en primer lugar con la delimitación objetiva de la mediación terapéutica, podemos establecer unos criterios generales para posteriormente referirnos a algunos supuestos especiales.

3.1.1. **Criterios generales**

En relación con los criterios generales, es posible considerar la regulación de la mediación en algunos ordenamientos, las experiencias prácticas y los proyectos existentes³⁰, que nos ofrecen algunos de estos criterios que se han venido elaborando en el marco de la práctica de la mediación penal, arrojando resultados de interés a estos efectos. A mi parecer, no parece recomendable cerrar el elenco de supuestos de posible mediación. Cuestión diversa es la posible elaboración de protocolos, que pueden revisarse con cierta periodicidad, tras la evaluación de los resultados alcanzados; protocolos que facilitarían al titular de la persecución penal a invitar o no a ir a mediación en cada caso

30 ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, "Penal mediation service in a Basque urban local court", *Oñati Socio-legal Series*, 2011, vol. 1, n. 9, *Autonomy and Heteronomy of the Judiciary in Europe*, pp. 10 y ss.

concreto. Y sobre todo y en lo que al cumplimiento de la función terapéutica se refiere hay que tomar en consideración componentes diversos de los que podrían llevar a una mediación penal restaurativa.

1. En primer lugar, durante mucho tiempo se argumentó que la mediación es instrumento pensado tan solo para delitos bagatelarios, es decir, aquellos que pueden considerarse de menor gravedad. Ha quedado, sin embargo, superada esta posición por cuanto hay hechos delictivos que no se encuentran ante un alto reproche social y sin embargo la derivación a mediación sería un auténtico fracaso, básicamente porque resulta absolutamente compleja, cuando no imposible, la posibilidad de diálogo y aproximación, o si se quiere la aplicación de la función restaurativa³¹. Establecer límites objetivos de gravedad cercena la igualdad de trato de quienes se pueden hallar inmersos en una causa penal y especialmente afectaría a determinadas víctimas que, debido al alto reproche social se ven imposibilitadas de incorporarse a un procedimiento de mediación que puede cumplir con una función ora restaurativa ora terapéutica ora las dos. Incluso más, existen determinados delitos que, aun siendo graves o muy graves, podrían tratarse inicialmente en mediación, reportando, entre otras, la reparación y la paz social, amén de cubrir una función terapéutica indudable, valorándose en cada caso la conveniencia o no de ello, y sin olvidar los efectos negativos que podría generar, como por ejemplo sufrimiento a las víctimas, imposibilitando en todo caso las técnicas de diálogo, comunicación o escucha con el presunto autor de los hechos.

En consecuencia, asumir como criterio el de la gravedad objetiva de los hechos, en atención al reproche social que se efectúa mediante la determinación de la clase de consecuencia jurídica que lleve aparejado el hecho no debe ser criterio de consideración de la mediación terapéutica, precisamente por cuanto esta función se despliega sobre personas, y no en atención a la gravedad del hecho, sino en atención a la calidad de las personas que han sido protagonistas del mismo y a las condiciones que concurren para poder cumplir con esta función.

En un sistema más consensual y pactista como es el de Canadá se ha venido cuestionando si debería o no aceptarse la mediación penal en los delitos graves, y, si bien no existe una exclusión de los mismos, se deja en manos de

³¹ En los programas del País Vasco que han venido desarrollándose en mediación penal cabe acudir sean delitos graves o menos graves. Un dato que permite modular este criterio es el del mayor interés público en juego. Así lo expone ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, "Penal mediation service in a Basque urban local court", cit, p. 12.

la víctima la decisión de someterse o no a la misma. Existen supuestos en los que la mediación se ofrece como respuesta al miedo que se ha generado en las víctimas la posible reiteración de los hechos, convirtiéndose en instrumento para alcanzar la rehabilitación del delincuente, todo y que siempre existe la posibilidad de realizar una mediación indirecta, sin necesidad de que víctima y agresor deban sentarse cada a cara en una mesa de negociación³².

2. En segundo lugar, desde el punto de vista objetivo se podría considerar igualmente en el marco de la mediación terapéutica –y aquí si nos parece criterio interesante y aplicable- si el hecho o los hechos que se reprochan (con mayor o menor grado de reprochabilidad social) se han cometido con o sin violencia. Numerosos países han pasado de la prohibición a la permisibilidad (así, en Estados Unidos³³), asumiendo la especial caracterización de esta modalidad de mediación, mayores esfuerzos por parte del mediador, mayor tiempo de duración de los procedimientos, mayor intensidad emocional en su desarrollo, mayores destrezas para manejar los sentimientos³⁴ evitando pre-juzgar, etc, y atendiendo al propósito primordial de mediación en estos casos: ofrecer a las víctimas un encuentro estructurado, cara a cara, con el autor del hecho, en un ambiente seguro, para facilitar el proceso de recuperación que, en muchos casos, se prevé *a priori* imposible³⁵. Ese proceso de recuperación

32 WEMMERS, J.A; MARTIRE, R.; TREMBLAY, A., *La médiation et les victimes d'actes criminels. Actes de l'atelier tenu le 15 octobre 2004 à l'Université de Montréal*, Centre international de criminologie comparée, Université de Montréal, 2005.

33 BRAITHWAITE, John, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford, Ed. Oxford University Press, 2001, pp. 45-73. Hay Estados que no lo admiten. También, BAKKER, M.W., “Repairing the Breach and Reconciling the Discordant: Mediation in the Criminal justice System”, en *North Carolina Law Review*, n. 72, 1994, p. 1485. En el mismo sentido, BELTRAN MONTOLIU, Ana, “Modelo de mediación en los Estados Unidos de América”, cit., pp. 70-71.

34 UMBREIT, Mark S., “Violent offenders and their victims”, en *Mediation and Criminal Justice. Victims, offenders and community* (WRIGHT y GALAWAY ed.), Londres, SAGE Publications, 1989, pp. 109-110. Afirma la viabilidad de mediación con delitos cometidos con violencia, suponiendo una importante respuesta al crimen y a la victimización mucho más creativa y humana, con esperanza en los próximos años (especialmente vid. p. 112).

35 PRICE, M. E., “Victim-Offender Mediation: The State of the Art”, ponencia presentada en SPIDR (Society of Professionals in Dispute Resolution), 25th Annual International Conference, Orlando, septiembre 1997; “The Mediation of a Drunk Driving Death: A Case Development Study”, ponencia presentada a la International Conference of the Victim-Offender Mediation Association, Winnipeg, Manitoba, Canadá, junio 1994.

de personas es esencia del ejercicio de la función terapéutica, de manera que estaríamos ante un buen criterio para efectuar la derivación a mediación terapéutica.

La situación de EEUU expuesta no es una situación aislada, sino que, antes al contrario, es posible encontrarla igualmente defendible en los países escandinavos. A este respecto señala ERVO, *la experiencia ha demostrado (en estos países) que un simple acto de violencia puede esconder detrás otros muchos motivos*³⁶, lo que supone que no por tratarse de hechos cometidos con violencia quedarían excluidos de mediación. Y en un sentido similar es posible referirse a Francia, país en el que se acepta la mediación en los casos de violencia leve³⁷. La situación es aun más permisiva en Alemania, donde se ha optado por permitir acudir a los TOA cualesquiera fuere la gravedad del hecho, lo que no es óbice a la posible exclusión en ciertos supuestos, valorando otros criterios como el tipo de hecho delictivo o los sujetos implicados, que no recomendaren estos servicios, especialmente en aquellos supuestos en los que la función de prevención deba ser preponderante a la de la posible función restaurativa³⁸. En nuestro caso, la función terapéutica iría en línea precisamente de trabajar no solo por qué el hecho se ha cometido y cuáles han sido las consecuencias del mismo en el victimario y en la víctima, sino ahondar en el uso de la violencia y desplegar la función terapéutica que permita paliar la situación provocada a la víctima, amén de evitar la prolongación de una conducta o la reiteración de la misma con carácter violento en acciones futuras. La función terapéutica iría directa e intrínsecamente anudada a la idea de reparación y a la de prevención especial.

3. Otro de los criterios que se han barajado en el ámbito objetivo de la mediación penal y que habría que valorar su aplicabilidad o no a la mediación penal en general, y a la terapéutica en particular, es el de la fijación de delitos que podrían ser más proclives a mediación o, por el contrario, establecer en la ley los delitos que no podrían implicar derivación a mediación.

³⁶ ERVO, Laura, “La conciliación en materia penal en los Países Escandinavos”, cit., p. 168.

³⁷ Puede verse MBANZOULOU, Paul, *La médiation pénale*, 2004, pp. 43-44 y 53; ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, “El modelo francés de mediación penal”, cit., pp.214-215; Y GUILBOT, M./ROJARE, S., “La participation du Ministère Public a la médiation”, en *Archives de Politique Criminelle*, n. 14, 1992, p. 51.

³⁸ LAUE, Christian, *Symbolische Wiedergutmachung*, Berlin, Duncker&Humblot, 1999, pp. 142-145; DOMENIG, Claudio, *Restaurative Justice und integrative Symbolik*, cit., p. 304.

En el modelo portugués de mediación, introducido por la Ley n.21/2007 (art. 2.a), se restringe la mediación a los delitos contra las personas y contra el patrimonio castigados con pena de hasta 5 años de prisión, a los delitos semipúblicos y para los delitos privados. Y se excluye la mediación cuando de delitos contra la libertad sexual se trata, en casos de corrupción, peculio y tráfico de influencias, y en aquellos supuestos en los que se tramitan los procesos especiales sumario y sumarísimo, porque se entiende que la mediación demora la exigencia de rapidez de aquéllos. Con ello encontramos que el modelo portugués ha querido configurar lo que es mediable y lo que no puede serlo, de forma taxativa³⁹. Es una opción objetiva legal, que tiene como ventaja que los sujetos que derivan a mediación saben cuándo pueden hacerlo y cuándo no, si bien no por ello sería de aplicación automática, sino que se derivaría a mediación terapéutica cuando analizados los hechos y teniendo en cuenta las coordenadas subjetivas concurrentes, fuere conveniente remitir a mediación.

En España los múltiples proyectos piloto que se han venido desarrollando desde la década de los años ochenta en materia de responsabilidad penal de adultos ha permitido contar con experiencias estadísticas que han arrojado luz acerca de en que supuestos, y en atención al dato objetivo de la calificación delictiva de los mismos, no solo se ha producido derivación a mediación, sino sobre todo en qué casos los resultados alcanzados en mediación han sido positivos. Especialmente satisfactorias han sido las mediaciones penales que se han producido en asuntos sobre delitos contra el patrimonio, delitos de lesiones, delitos contra la libertad (amenazas o coacciones), delitos contra el honor (injurias y calumnias) y delitos contra los derechos y deberes familiares tales como el impago de pensiones, e igualmente la mediación juega un rol importante en delitos contra la salud pública, en cuanto cabría hacer referencia a las denominadas reparaciones de naturaleza simbólica⁴⁰ o

39 LAMAS LEITE, André, “El régimen de mediación penal de adultos en Portugal: entre la justicia negociada y (alguna) dimisión del Estado”, en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), 2009, cit., pp. 303 y ss.

40 DOMENIG, Claudio, *Restorative Justice und integrative Symbolik*, cit, pp. 297-300, no considera esta prestación simbólica como verdadera sanción, pudiendo generar desequilibrios o desigualdades por razones económicas del autor, por lo que insiste en su viabilidad limitada y condicionada a la no afección de la desigualdad económica de los delincuentes. Considera de interés la misma en los delitos contra la sociedad y, especialmente, en los delitos de peligro, LEE, Jin Kuk, *Symbolische Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem*, Peter Lang Ed., 2000, p. 79, por la dificultad de su cuantificación –cuando no imposible–, lo que favorece su carácter simbólico (pp. 80-81).

a la comunidad. En muchos de estos casos se ha valorado esencialmente la función reparatoria, ya fuere económica, material o simbólica o relacional, si bien no necesariamente tienen que considerarse como adecuados cuando la mediación es terapéutica. Hay otra serie de delitos, incluidos aquellos en los que se ha usado violencia, en los que la función terapéutica juega un protagonismo mayor y pueden ser derivables a mediación. De ahí la posición que mantenemos de que sea el juez, el fiscal o la policía quienes, en atención a los hechos, las personas y las circunstancias concurrentes, consideren adecuada la remisión a mediación.

3.1.2. Criterios especiales

Los criterios anteriormente expuestos, criterios generales, no siempre van a permitir trabajar en mediación terapéutica. *De facto*, la concurrencia de componentes especiales o si se quiere de supuestos fácticos que no tendrían *a priori* un encaje general adecuado a la mediación podrían, empero, ser favorables a la mediación terapéutica, e incluso a la restaurativa. Y la razón de ser de esta viabilidad de la mediación es precisamente por el valor multifuncional que es posible cubrir a través del procedimiento de mediación. De este modo, habrá delitos que, pese al alto grado de gravedad o incluso la complejidad que arrastran, y que en atención a una aplicación *a priori* de los criterios generales se descartarían de mediación, puedan sin embargo derivarse a la misma. Vamos, en este sentido, a hacer referencia a algunos de estos supuestos que podrían calificar de “especiales”.

1. En primer lugar, se ha venido considerando de forma generalizada e incluso incorporada en algunas normas, la prohibición de la mediación penal en los supuestos de delitos cometidos con violencia de género. Uno de los argumentos que se ofrecen ante este rechazo se halla en la idea de que si la comisión de hechos con violencia *a priori* se presenta como criterio de rechazo de la mediación, la incorporación de la violencia por género, por sus propias coordenadas, aún lo acentúa.

La Ley Orgánica 1/2004, integral de medidas contra la violencia de género, en su artículo 44.5, excluye la mediación en España⁴¹. Esta norma, lejos de ser interpretada pacíficamente, ha dado lugar a una prolija polémica, planteándose cuestiones como que la prohibición de mediación penal es

⁴¹ ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

prohibir lo “no existente” en el ordenamiento jurídico español, lo que significa que se prohíbe un futuro, al no tener aun regulación la mediación penal en España; se ha afirmado igualmente que esta prohibición solo debe entenderse respecto de la mediación civil pero no la penal, y sobre todo se sostiene que la prohibición de esta modalidad de mediación se halla en el desequilibrio aparente que existe en este tipo de delitos entre víctima y victimario, que afecta las respuestas basadas en la comunicación y el diálogo, pudiendo, incluso, en ciertos casos, provocar una victimización secundaria en estas víctimas.

Y es precisamente ese criterio de desequilibrio emocional entre la víctima y el victimario el que ha fundamentado que en algunos países se haya cuestionado su viabilidad. Así, en EEUU se ha recomendado no derivar a mediación en estos casos cuando quede patente ese desequilibrio emocional⁴². Por su parte, en Alemania se han venido excluyendo de los programas TOA (*Täter-Opfer-Ausgleich*) tanto cuando concurre violencia doméstica como cuando lo es violencia de género, fundando esta exclusión en la dificultad de acuerdo cuando existe ese desequilibrio entre víctima y victimario⁴³. En Francia también se ha cuestionado la mediación penal en los casos de violencia familiar, aceptándose los supuestos en los que se mantiene el deseo de continuación de la vida familiar, incluso aun habiendo mediado violencia en la pareja, siempre que exista previsión de reconocimiento de los hechos y de las consecuencias derivadas de la violencia sobre su pareja, argumentándose las bondades de una vía mucho menos traumática –la mediación y el mediador– que por cualesquiera medio impositivo⁴⁴.

Aunque las respuestas *a priori* de los países sean de rechazo a la mediación en los supuestos en los que ha concurrido violencia de género, no por ello debe excluirse de plano esta posibilidad. Ciertamente es que los sentimientos, las percepciones, las acciones y los sujetos y sus condiciones en estos casos vienen a presentar síntomas poco favorables a la mediación, al trabajo conjunto, al diálogo y a la comunicación, dado que la relación de desigualdad

42 FISCHER, K/VIDMAR, N./ELLIS, R., “The culture of battering and the role of mediation in domestic violence cases”, en *Sothorn Methodist University Law Review*, Vol. 46, 1993, pp. 2117 y ss, y en el mismo sentido GUILL, Terenia Urban, “A framework for understanding and using ADR”, *Tulane Law Review*, Vol 71, 1997, p. 1333

43 KILCHLING, Michael, “Restorative Justice Developments in Germany”, en *Regulating Restorative Justice. A comparative study of legislative provisions in European Countries*, 2016.

44 MBANZOULOU, Paul, (2004), *La médiation pénale*, cit., p. 59.

existente entre víctima y victimario amén de la violencia ejercida en las acciones reprochables presentan elementos que dificultan el trabajo en mediación. Dificultan sí, pero no lo prohíben. Es más, en estos casos se trabaja para rebajar o eliminar los sentimientos de odio, de venganza. En esas condiciones, la búsqueda de una solución amistosa resulta harto difícil. De ahí que se haya venido concluyendo que es posible la mediación en violencia de género solo si se trata de un primer episodio de violencia no grave⁴⁵. En estos casos los principios terapéuticos, el diagnóstico emocional, el tratamiento aplicable de reconocimiento del otro, respeto al otro, su esfera, sentimientos, y la posible aceptación de sometimiento a un tratamiento concreto, pueden desempeñar una labor fundamental a través del procedimiento de mediación.

A título de ejemplo es interesante observar cómo en España, pese a la Ley de incorporación de medidas contra la violencia de género de la que se deduce una respuesta de rechazo a la mediación como punto de partida, en los proyectos piloto que se han venido desarrollando en las últimas décadas la mediación ha funcionado muy adecuadamente en los delitos cometidos en el ámbito familiar, muy probablemente porque en estos supuestos los sentimientos, las percepciones, las sensaciones se muestran de forma mucho más intensa al tratarse de relaciones entre víctimas y victimarios que no son esporádicas, sino continuas, manteniéndose en muchos casos la necesidad de relación, aun cuando ésta cambia de naturaleza. Precisamente por esa continuidad relacional es por lo que se requiere de la labor de terceros neutros, ajenos a la relación, que no juzguen conductas sino que trabajen terapéuticamente la situación relacional a los efectos de conseguir respeto hacia el otro, un discurso narrativo que lleve a vencer el lenguaje negativo convirtiéndolo en positivo, y que en el plano penal evite la reincidencia en la conducta. Es indudable que estos resultados positivos personales y para la sociedad en general no se alcanzan con una condena penal dictada en un proceso penal, sino que se obtienen tras un trabajo en equipo, que puede favorecer la transformación relacional, empero también la manera de afrontar los conflictos en el futuro.

2. En segundo lugar, se considera que los denominados delitos de peligro no encajan en las funciones que pueden desempeñarse a través de la mediación. Irrumpen estos delitos al ir paulatinamente consagrándose la sociedad de riesgo en la que los bienes jurídico-penales han dejado de ser solo individuales

45 RAKATOMAHANINA y otros, “Réflexions sur l’efficacité de la médiation pénale dans les violens conjugales faites aux femmes”, en *Gazette du Palais*, noviembre-diciembre, 2005, p. 4043.

para convertirse en colectivos, e incluso difusos o generales. En estos casos la complejidad se encuentra en la delimitación subjetiva plural, especialmente en los denominados delitos de peligro abstractos, en los que surge el concepto de víctima innominada o colectiva; víctima que *a priori* se presenta como el elemento subjetivo de imposible planteamiento y trabajo en mediación⁴⁶.

La discusión se centra en la viabilidad o inviabilidad de la mediación en estos casos. Los argumentos que se esgrimen a favor se refieren a la posibilidad de hablar de la “víctima simbólica” o “víctima por subrogación”, asumiendo por ley que determinadas personas jurídicas pudieren ejercer esa función en el lado de las víctimas, tales como asociaciones en defensa del medio ambiente, o asociaciones dedicadas a la desintoxicación en el caso de drogodependencias, o destinadas a trabajar por la no-violencia, o inclusive asociación pro víctimas de los delitos cometidos en tráfico, o delitos de terrorismo, etc. Quienes así lo argumentan consideran que lo trascendente aquí sería la obtención de la responsabilidad del victimario respecto de las conductas infractoras por medio del diálogo con personas que, aunque fuere indirectamente, sufren las consecuencias del delito, así como, en su caso, la posible atenuación de la pena y el restablecimiento, en suma, de la norma que fue vulnerada por la comisión del delito, con su reconocimiento en mediación, manifestación de prevención general positiva que es⁴⁷. En contra de esta opinión se hallan quienes consideran que el diálogo y la comunicación debe hacerse con la víctima concreta, y no con intervención de persona interpuesta, considerando que la participación de la persona jurídica viene a complicar enormemente la flexibilidad requerida en este procedimiento de mediación, especialmente en lo que se refiere a alcanzar el consenso o acuerdo.

Quizás puede ser ilustrativo detenernos en un especial delito de peligro: delito contra la seguridad vial o delito de tráfico. Es posible que el autor de los hechos intervenga bajo un estado de estrés que le haya llevado a ingerir alcohol, siendo precisamente la mediación la vía más conveniente⁴⁸, porque

46 RIOS MARTÍN, Juan Carlos; OLAVARRÍA IGLESIA, Teresa, en la obra colectiva *Mediación civil y penal*, CGPJ, 2008, p. 265.

47 GONZÁLEZ CANO, M. Isabel, “La mediación penal en España”, 2009, cit., p. 41.

48 PELIKAN, Christa, “Der osterreichische Modell Versuch “Aussergerichtlicher Tausgleich im Erwachsenenstrafrecht” (ATAE)”, en KERN, H.J./HASSEMER, E./MARKS, E./WANDREY, M. (ed), *tater-Opfer-Ausgleich-auf dem Weg zur bundesweiten Anwendung? Beitrage zu einer Standortbestimmung*, Bonn, 1994, p. 195, y también puede verse en el mismo sentido, LEE, Jin Kuk, *Symbolische Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem*, cit., 2000, p. 60.

permite el dar debido cumplimiento a la multifuncionalidad de la mediación penal, y especialmente a la aplicación en estos casos de los principios terapéuticos que permitan no solo reconocer los hechos y reconocer las consecuencias respecto de determinadas personas, sino querer reparar la situación y evitar futuras posibles acciones repetitivas de estas conductas.

3. En tercer lugar, y con ya numerosas experiencias que lo avalan, hay que incorporar como supuestos especiales que requieren de mucha función terapéutica tanto para las víctimas como para los victimarios, los delitos de terrorismo. Hablar de justicia terapéutica en esos casos permite anudar el modelo de Justicia preventiva general y especial, amén de restaurativa con la terapéutica y la Justicia reconstructiva.

El punto de partida, comprensible, es el rechazo absoluto de los sistemas jurídicos a cualquier mecanismo que no sea el proceso penal para conocer de las causas en las que se ventilen hechos delictivos de terrorismo. Esta posición tiene su razón de ser en la concepción de que todo lo que no sea proceso penal con condena final es favorecer conductas que exigen el mayor y absoluto repulsa social por lo que son y lo que significan. La idea de la violencia procesal contra la violencia fáctica es lo que se alimenta a través de discursos políticos diariamente y a través de los medios de comunicación y las redes sociales. Es un discurso de venganza ante las conductas violentas que han truncado todos los derechos y libertades que la ciudadanía exige. Son hechos realmente graves. Ahora bien hay que reflexionar acerca de qué beneficios reporta la mediación terapéutica tanto para el victimario como para la víctima, sin olvidar el efecto terapéutico que puede expandirse igualmente sobre la sociedad.

Un exponente de este trabajo en encuentros restaurativos con grandes dosis terapéuticas en hechos delictivos de gran gravedad y enorme reproche social es el que se llevó a cabo en España entre víctimas y condenados por delitos de terrorismo de la banda terrorista ETA que se encontraban cumpliendo condena en el establecimiento penitenciario de Nanclares de Oca⁴⁹. Unos encuentros que fueron propulsados desde la Dirección de Atención a las Víctimas del terrorismo del Gobierno Vasco, debido a la petición de algunos presos de contribuir a reparar a las víctimas, reuniéndose con ellas⁵⁰. No

49 PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, Santander, Ed. Salterrae, 2013.

50 BARONA VILAR, Silvia, “Del escepticismo al entusiasmo en mediación penal, de la *restorative justice* a la *reconstructive justice* (Referencia especial al Estatuto Jurídico

tuvieron consecuencias jurídicas, sino que incorporaron en estos encuentros enormes dosis de principios terapéuticos que permitieron a las víctimas especialmente sentir que el sistema las hacía visibles, escucharon el relato de los victimarios y éstos los de las víctimas y abrieron canales de comunicación en una situación altamente compleja, llena de odios, de incomprendiones, de rencor y de tristeza. Trabajar las emociones en este caso requiere de destrezas muy especiales. No se trata de solicitar y obtener perdón, sino de llegar a comprender el por qué de las acciones, y el cómo, amén de continuar con un diálogo que necesita respuestas, valió la pena, sufrió, tenía sentido aquel sinsentido, y un largo etcétera. Es reconstruir lo que no existe o existe absolutamente hecho añicos.

Antecedentes de este tipo de encuentros ya existían. Es posible citar los encuentros de esta naturaleza entre los paramilitares católicos y protestantes de Irlanda del Norte y sus víctimas en 2006⁵¹, o los celebrados en los años 2007-2008 en Italia respecto de miembros de las Brigadas Rojas condenados por delitos de terrorismo. Ahora bien, repárese que se trataba de mediación en la fase de ejecución penal, con condenados y con víctimas directas o indirectas. No son mediación sino una modalidad de encuentro restaurativo. Y a todo ello cabría incorporar, con sus peculiaridades, los encuentros de paz en Colombia, siendo en cada uno de los países citados situaciones diversas que tienen un punto común: los hechos son de los más graves, la respuesta del sistema penal legalmente configurado es única, y la incorporación de la mediación con todas sus funciones no es sino una ruptura de la misma. Cómo hacerlo, por qué hacerlo y consecuencias de hacerlo es algo que ha variado en los diversos países. En algunos, como el nuestro, en nada ha afectado a la respuesta penal ya dada; en otros, hay una suerte de afectación de esa respuesta, sea mediante una posible aminoración de las consecuencias penales o un trato favorable en ejecución de la pena privativa de libertad, o incluso un tratamiento de una cierta impunidad a cambio del desarme y la paz social. Todos ellos, sea cual fuere, comportan complejidades y sobre todo deben contar con la aquiescencia de la sociedad. Ahora bien, ponen de manifiesto todas estas manifestaciones que en el Derecho Penal pueden desplegarse fun-

de la Víctima y a los encuentros restaurativos víctimas-condenados por terrorismo”, en obra colectiva *Libro homenaje a Cesar Barrientos*, Ed. Jaume I Castellón, 2015, Tomo II, pp. 201-240.

⁵¹ ERIKSSON, Anna, *Justice in Transition. Community restorative in Northern Ireland*, Devon William Publishing, 2009.

ciones diversas de las distributivas, incorporando tanto la función restaurativa como integrada la función terapéutica. Todas estas manifestaciones no son sino respuestas adecuadas y proporcionadas de la sociedad-Estado ante la comisión de hechos que destruyen, ignoran y generan terror en la sociedad. Es muy importante la capacidad de modulación del sistema penal, de manera tal que la sociedad a la postre pueda “servirse” del modelo penal para re-construirse, integrando en esa reconstrucción también a las víctimas como elementos nucleares del mismo.

Es en este contexto donde quizás con más énfasis se pone de manifiesto que, amén de la justicia distributiva, preventiva e incluso restaurativa, es posible incorporar una suerte de justicia reconstructiva o transformativa o lo que en otros espacios, habitualmente de la esfera pública, se denomina como justicia transicional⁵², que se dirige hacia un cambio de paisaje –que se halla arrasado y desolado–, poco a poco, a través de diversos actores⁵³. Y es en ese paisaje y con esos actores –víctimas y victimarios– que la sociedad requiere una recuperación, reconstrucción. Se parte, en palabras de REYES MATE, de que *la injusticia es vista como una acción que destruye una relación y que la justicia debe reconstruir*. Y ni la condena a privación de libertad por un número elevado de años, ni el endurecimiento en la aplicación de la legislación penitenciaria, favorecen la reconstrucción de ese paisaje⁵⁴. Ni la resocialización tiene cabida (en muchos casos son personas socialmente integradas), ni tampoco la respuesta restaurativa (que pueden entenderse como un insulto a las víctimas).

52 Responde a etapas de transición política, normalmente, y se ofrecen soluciones que permiten “saldar cuentas” con el pasado. Ejemplos hemos tenido a lo largo de la historia: en el Siglo XX las denominadas Comisiones de la Verdad y de la Reconciliación, que han llevado a esta justicia transicional basada en la verdad por el perdón. ELSTER, Jon, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Ed. Katz, 2006, ofrece un estudio sobre estos exponentes históricos, y destaca la situación española en cuanto único caso dentro de las transiciones a la democracia en el que hubo una decisión deliberada y consensuada para evitar la justicia transicional a través de la aprobación de la Ley de Amnistía de 1977, una auténtica ley de punto final.

53 Hay autores que propugnan la necesidad del cambio de una sociedad en la que prime la búsqueda de la igualdad entre los ciudadanos. Así, WILSON, James Q./KELLING, George L., en su artículo “Broken Windows: The Police and neighborhood Safety”, *Atlantic Monthly*, 249, 1982, pp. 29-38, planteaba la tesis de “broken Windows” en la que básicamente se postulaba el principio de “a más igualdad en la sociedad, menos crímenes”.

54 MATE RUPÉREZ, Manuel-Reyes, *Tratado de la injusticia*, Barcelona, ed. Anthropos, 2011, p. 208.

Esa reconstrucción necesita del trabajo lento evaluativo y testador realizado por un equipo de profesionales que conozcan no solo las herramientas de este modelo, sino también tengan la capacidad de detectar en qué supuestos esa reconstrucción es posible y permeable a la consecución de la justicia y en qué casos no lo es. Esta es la *reconstructive justice*. En esa reconstrucción de la sociedad, de las relaciones interpersonales e intersociales mucho tiene que ver la función terapéutica.

3.2. Ámbito subjetivo: criterios

Hemos venido reiterando la necesidad de considerar que la mediación ni es un procedimiento a través del cual se ventilen cualesquiera hechos delictivos ni tampoco está pensado para trabajar con cualesquiera víctimas y victimarios. La derivación a mediación penal vendrá fundada en un diagnóstico previo que permita analizar las coordenadas objetivas y subjetivas de cada caso, valorando la posibilidad de desplegar a través de la misma las funciones de prevención, de reparación y terapéuticas.

En el ámbito subjetivo también podemos encontrar supuestos en los que la viabilidad de la mediación es altamente recomendable, de manera que las bondades de la mediación *a priori* encontrarían adecuadas coordenadas para su desarrollo; e igualmente es perfectamente posible considerar que, aun cuando estemos ante una posible causa en la que se reprochen hechos bagatelarios, las víctimas o los victimarios no son los adecuados para que pueda desplegarse efectivamente la mediación y desarrollar en ella las funciones propias de la misma. Algunos de los supuestos que en materia de ámbito objetivo de la mediación han sido expuestos *supra*, permitirían reiterar aquí sus dificultades e inconvenientes, amén de sus posibilidades y recomendaciones.

Para la especial referencia de los sujetos que van a incorporarse al procedimiento de mediación y van a trabajar con el equipo de mediadores, nos parece conveniente analizar algunos posibles exponentes subjetivos que vienen marcados por la dificultad, si bien para su estudio diferenciaremos según afecten las circunstancias especiales al victimario o sean referidas a la víctima.

3.2.1. Referencia a situaciones de los victimarios

Quien sea el victimario, número de victimarios que intervengan, caracte-

rísticas que en él o en ellos concurren, amén de la misma personalidad que caracterice a los mismos son elementos que habrá que tomar en consideración. Y, en todo caso, será supuesto a supuesto, caso a caso, cuando se irá definiendo la derivación a mediación y la previsible efectividad de la misma en cumplimiento de sus posibles fines.

En relación con algunos supuestos especiales referidos a los victimarios podemos tener en consideración:

1. En primer lugar, podríamos considerar a los menores victimarios. Se trata de personas con una en principio falta de madurez, que les ha llevado, por diversas razones, a convertirse en posibles autores de hechos delictivos. Los hechos objetivamente considerados son tipificados en el Código penal y sus consecuencias jurídicas vienen conformadas en la Ley de responsabilidad penal del menor. Ciertamente ha sido precisamente referidos a los menores responsables penales el círculo en el que inicialmente se ha ido incorporando la mediación penal. Muy probablemente esa necesidad de que el sistema penal en la responsabilidad de los menores incorporase la necesidad de la función de reinserción del menor en la sociedad, llevó a sacar del sistema común a los menores y tratar de otorgarles un tratamiento específico que no sea una respuesta sanción sino mucho más, a saber, favorecer que el comportamiento relacional del menor en el presente y en el futuro abandone el mundo de la delincuencia y pueda desplegar una vida integrada en la sociedad.

Un análisis de la mediación en la mayor parte de los sistemas jurídicos nos permite considerar que ha sido éste el ámbito en el que, en forma de proyectos piloto, se fue dando entrada a la mediación penal. Y a medida que sus resultados eran altamente satisfactorios, se fue incorporando en la legislación. En España así sucedió con la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor, que incorporó la mediación y la reparación⁵⁵, favoreciendo el principio de oportunidad con efectos procesales antes de la sentencia (desistimiento de incoación del expediente y desistimiento en la continuación del mismo por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, arts. 18 y 19) o después de la sentencia (arts. 14 y 51, a través de la mediación tras la sentencia con el fin de dejar sin efecto la medida impuesta, reducirla o sustituirla por otra). Se

⁵⁵ Fue positivamente considerado en la doctrina. Así, GARCÍA PÉREZ, O., “La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de responsabilidad penal del menor de 2000 a la luz de directrices internacionales”, en *Actualidad Penal* n. 32, 2000, p. 695, consideró un acierto incorporar la reparación del daño no como sanción penal sino como forma de solución privada del conflicto social, basada en el principio de subsidiariedad.

exige que exista ya un proceso penal en marcha (por tanto, haya comenzado la persecución de unos hechos delictivos a través del proceso de menores), y si se llegare a un acuerdo en mediación, se dictará auto de sobreseimiento y/o archivo de las actuaciones, si bien continuará la tramitación procesal si el menor no cumple con la reparación o con la actividad educativa que se hubiere acordado. Pieza esencial de este procedimiento va a ser el equipo técnico, compuesto por psicólogos, educadores y trabajadores sociales, si bien debe tenerse claro que se trata de un órgano que depende del fiscal de menores. Estas experiencias en materia de responsabilidad penal del menor son respuestas a la incorporación del principio de oportunidad en estos procesos, tanto en relación con el posible desistimiento como respecto de la conciliación-mediación, reparación y posible actividad extrajudicial a que se refiere el legislador⁵⁶.

Es precisamente esa protección que el ordenamiento jurídico realiza de los menores la que justifica no solo la incorporación de la mediación penal en los supuestos en los que los victimarios son menores, sino también el desarrollo, bajo el equipo técnico, de un conjunto de funciones que pretenden incorporar a los menores en la sociedad, evitando una continuidad en sus acciones delictivas, que sean conscientes no solo de los hechos que realizan sino también de las consecuencias que se derivan respecto de las víctimas, y también respecto de sí mismos. Ese trabajo requiere un buen manejo de herramientas terapéuticas complejas que necesitan de especialistas para su aplicación.

2. En segundo lugar, se cuestiona si es posible remitir a mediación a personas que son reincidentes. Se entiende que la ausencia de comprensión de lo realizado, de las consecuencias derivadas de sus actos avalan una negativa de derivación de los mismos a mediación, por cuanto el sistema restaurativo y terapéutico ha fallado por sí mismo.

Aun cuando esta podría ser efectivamente una decisión objetiva, habrá, en todo caso que valorar en cada supuesto qué tipo de reincidente es (múltiple, por ejemplo), gravedad de los hechos, las circunstancias personales, sociales, que le rodearon, quienes pueden ser proponentes de la mediación, y valorar si la mediación puede jugar de manera esencial en la recomposición de las relaciones entre víctima-victimario y servir de canalización para una verdadera rehabilitación del sujeto⁵⁷, o si, por el contrario, se convertiría en un

⁵⁶ Interesantes son los datos que arroja la Memoria de la Fiscalía del año 2016: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2016/09/MEMFIS16-1.pdf>

⁵⁷ En el mismo sentido, GONZÁLEZ CANO, M. Isabel, “La mediación penal en España”, cit., p. 42.

mero obstáculo a salvar sin consecuencias beneficiosas para nadie. En esta línea se muestran los Países Nórdicos, en los que se establece como norma general que la mediación está diseñada para los delincuentes primarios, aun cuando es posible cuando el autor sea reincidente⁵⁸. En suma, debieran ser las circunstancias en la comisión del delito, la naturaleza del mismo, la pena que lleva aparejada, el grado de intensidad de reincidencia y el bien o los bienes jurídicos afectados los que otorguen viabilidad o no a la mediación.

3. En tercer lugar se ha cuestionado igualmente la posible participación de la persona jurídica-victimaria. Este cuestionamiento carece de razón de ser en aquellos ordenamientos en los que se permite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dado que es reconocido legalmente que es la persona física que le representa la que actuará en el proceso penal, e igualmente habría que entender que lo mismo sucederá en el procedimiento negociador de la mediación, ante la lógica imposibilidad física de la persona jurídica. No existe, a mi modo de ver, inconveniente en aceptarla.

4. En cuarto lugar, es posible que una causa penal no solo afecta a uno sino a una pluralidad de victimarios. En ese supuesto la situación se presenta algo más compleja o si cabe algo más dificultosa, empero no imposible actuar en mediación. Las técnicas de mediación que despliegue el equipo mediador serán las claves para que este sistema funcione adecuadamente. Ciertamente, en aquellos supuestos en que se requiera necesariamente la intervención de todos ellos en mediación, la ausencia o negativa de alguno de ellos puede imposibilitar el procedimiento de mediación. Son obstáculos que habrá que considerar a la hora de derivar a mediación y de valorar para prever con garantías la eficiencia del modelo.

3.2.2. Situaciones especiales de víctimas

Hablar de las víctimas en general no implica que tan solo exista un único tratamiento de éstas, sino que también aquí la calidad de las víctimas es diversa y que el grado de vulnerabilidad de las mismas, amén de la disponibilidad o personalidad adecuada, deben ponderarse, a los efectos de entender que efectivamente es conveniente la derivación a mediación o, por el contrario, no lo es.

Sin perjuicio de la consideración general y abstracta de las bondades que

⁵⁸ ERVO, Laura, “La conciliación en materia penal en los países escandinavos”, cit., p. 145.

el modelo de mediación puede reportar a las víctimas, es posible considerar supuestos en los que las características de éstas cuestionan la conveniencia de remisión a mediación, generando en unos casos dudas al respecto, mientras que en otros, un rechazo absoluto a su incorporación a este procedimiento de mediación.

1. En primer lugar, podrían tomar como referente de complejidad a las víctimas especialmente vulnerables (menores, discapacitados o personas con un grado de disminución o con ausencia de autoestima). Son supuestos complejos debido a la ausencia o limitada capacidad volitiva de quienes intervienen. No significa necesariamente que se imposibilite la mediación, empero si es cierto que concurren grandes dosis de dificultad que no pueden negarse. Ciertamente en estos casos cabría la posibilidad de salvarse con la intervención de terceras personas como el Ministerio Fiscal, el abogado, o personas que lleven a cabo la representación necesaria o voluntaria de estas personas, todo y que indudablemente no negamos que las dificultades en este casos estarán latentes y es peligrosa una mediación no bien dirigida que pueda generar una victimización secundaria.

2. En segundo lugar, cabría por razones similares a las descritas al referirnos a los victimarios, considerar que existen dificultades para realizar una mediación penal cuando la presunta víctima es una persona jurídica. La aceptación de la participación de la persona física que le represente, tanto cuando se trate de víctima como cuando se trate de victimario, salva cualquier escollo en la presencialidad de las sesiones que deban desarrollarse en el marco del procedimiento de mediación. Obviamente, a estos efectos, deberá quedar delimitada quién será la persona física que la representa, que deberá tener plena capacidad de decisión, así como posibilidad de aceptar un acuerdo que responda al cumplimiento de la función restaurativa⁵⁹ y por supuesto de la terapéutica.

3. En tercer lugar, y como complemento de lo ya desarrollado *supra*, las víctimas que han sido objeto de violencia que son además especialmente vulnerables y con mayores problemas de equilibrio emocional suelen ser las que podrían sufrir consecuencias negativas por una mediación al poder propiciar el encuentro con su victimario una suerte de victimización secundaria. De ahí que habrá que analizar caso por caso la conveniencia o no de derivarles a un

⁵⁹ En el mismo sentido se ha admitido en el modelo alemán. Puede verse mi capítulo “Situación de la justicia restaurativa y la mediación penal en Alemania”, (2009), en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., p. 267.

procedimiento mediador. En el apartado correspondiente al ámbito objetivo hicimos referencia a los argumentos que se esgrimen en pro y en contra de la mediación con las víctimas de violencia de género. Aquí nos referimos a las víctimas de violencia en general, dado que las de violencia de género implican una doble vulnerabilidad. En cualquier caso, el ejercicio de la violencia sobre una persona genera no solo las consecuencias derivadas de la realización del acto, sino las secuelas psicológicas que comportan el estado en ocasiones de miedo, de pánico, de terror, de paranoia de persecución, miedo que a la postre se anuda a la reiteración de la conducta, a encontrarse con su victimario.

En estos casos de violencia se considera por algunos autores muy conveniente no aproximarles de nuevo a víctimas y victimarios, como medida de protección de las víctimas de violencia, a quienes la sola aproximación de su victimario pudiera reportar una victimación secundaria. No obstante, también el procedimiento de mediación podría en algunos de estos casos convertir la asimetría existente entre las personas en una mayor simetría, o, dicho de otro modo, las funciones terapéuticas y los programas que éstas suponen podrían generar respuestas en el marco del sistema penal que abrigasen una mirada personal y personalizada, que valorase los indicadores objetivos empero también las circunstancias personales y que tratase de reconstruir más que de sancionar. Una función y unos programas que abren la puerta a la mirada restaurativa y a la mirada terapéutica de la Justicia, y con ellas una manera diversa de afrontar la sociedad, las relaciones de las personas y el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

- BAKKER, M.W., “Repairing the Breach and Reconciling the Discordant: Mediation in the Criminal justice System”, en *North Carolina Law Review*, n. 72, 1994.
- BARNETT, R.E., *Restitution: a new paradigm of criminal justice*, Ethics, 1977.
- BARONA VILAR, Silvia, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- BARONA VILAR, Silvia (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- BARONA VILAR, Silvia, “Del escepticismo al entusiasmo en mediación penal, de la *restorative justice* a la *reconstructive justice* (Referencia especial al Estatuto Jurídico de la Víctima y a los encuentros restaurativos víctimas-condenados por terrorismo)”, en obra colectiva *Libro homenaje a Cesar Barrientos*, Ed. Jaume I Castellón, 2015, Tomo II, 2015.
- BARONA VILAR, Silvia, *Proceso penal desde la Historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- BARONA VILAR, Silvia, “Justicia Penal líquida. Desde la mirada de Bauman”, en *Revista Teoría & Derecho. Revista del pensamiento*, Tirant lo Blanch, Diciembre 2017.
- BARONA VILAR, Silvia, *Justicia Penal, Globalización y Digitalización*, Thomson-Reuters, Santiago de Chile, 2018.
- BELTRAN MOLTOLI, A., “Modelo de mediación en los Estados Unidos de America”, en la obra colectiva *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos. Experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- BRAITHWAITE, John, “Principles of Restorative Justice”, en *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, (VON HIRSCH, A/ROBERTS, J ed), Oxford, Portland, Hart Publishing, 2003.
- BRAITHWAITE, John, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford, Ed. Oxford University Press, 2001.
- CHRISTIE/MATHIESEN/HULSMAN/SCHEERER/STEINERT/DE FOLTER, *Abolicionismo penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989 (Trad. Alberto Ciafardini y Mirta Lilian Bondeza).
- DOMENIG, Claudio, *Restorative Justice und integrative Symbolik. Möglichkeiten eines integrativen Umgangs mit Kriminalität und die Bedeutung von Symbolik in dessen Umsetzung*, Bern/Stuttgart/Wien, Haupt ed., 2008.
- ELSTER, Jon, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Ed. Katz, 2006.
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- ERIKSSON, Anna, *Justice in Transition. Community restorative in Northern Ireland*, Devon William Publishing, 2009.
- ERVO, Laura, “La conciliación en materia penal en los Países Escandinavos”, en la obra

- colectiva *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos. Experiencias en España, EE. UU., Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- FATTAH, E.A., "From Crime Policy to Victim Policy. The Need for a Fundamental Policy Change", en *Annales Internationales de Criminologie*, 29 (1991), No. 112, p. 45.
- FISCHER, K/VIDMAR, N./ELLIS, R., "The culture of battering and the role of mediation in domestic violence cases", en *Sothern Methodist University Law Review*, Vol. 46, 1993.
- FLYNN, Susan, *Therapeutic Jurisprudence: An Evaluation of the red Hook Community Justice Court*, Dissertation New York University, UMI's Dissertation Abstracts database, 2005.
- GALAWAY, Burt, "Prospects", en *Mediation and Criminal Justice (Victims, Offenders and Community)*, (WRIGHT/GALAWAY, ed), Bristol, 1989.
- GARCÍA PÉREZ, O., "La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de responsabilidad penal del menor de 2000 a la luz de directrices internacionales", en *Actualidad Penal* n. 32, 2000.
- GONZÁLEZ CANO, M. Isabel, "La mediación penal en España", en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), 2009.
- GUILBOT, M./ROJARE, S., "La participation du Ministere Public a la mediation", en *Archives de Politique Criminelle*, n. 14, 1992.
- GUILL, Terenia Urban, "A framework for understanding and using ADR", *Tulane Law Review*, Vol 71, 1997.
- HABERMAS, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus, 1991.
- HIGHTON/ALVAREZ/GREGORIO, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, Buenos Aires, Editorial AdHoc, 1998.
- KILCHLING, Michael, *Opferinteressen und Strafverfolgung*, Freiburg, Edition Iuscrim (MPI), 1995.
- KILCHLING, Michael, "Restorative Justice Developments in Germany", en *Regulating Restorative Justice. A comparative study of legislative provisions in European Countries*, 2016.
- KNOTT, Christine, "The STOP Programme: Reasoning and Rehabilitation in a British Setting", en Mc. Guire, James, *What Works: Reducing Reoffending*, Mc. Guire ed., 1995.
- LAMAS LEITE, André, "El régimen de mediación penal de adultos en Portugal: entre la justicia negociada y (alguna) dimisión del Estado", en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), 2009.
- LAUE, Christian, *Symbolische Wiedergutmachung*, Berlin, Duncker&Humblot, 1999.
- LEE, Jin Kuk, *Symbolische Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem*, Peter Lang Ed., 2000.
- MATE RUPÉREZ, Manuel-Reyes, *Tratado de la injusticia*, Barcelona, ed. Anthropos, 2011.
- MBANZOULOU, Paul, *La médiation pénale*, 2004.
- ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, "Penal mediation service in a Basque urban local

- court”, *Oñati Socio-legal Series*, vol.1, n.9, *Autonomy and Heteronomy of the Judiciary in Europe*, 2011.
- PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, Santander, Ed. Salterrae, 2013.
- PELIKAN, Christa, “Der osterreichische Modell Versuch “Aussergerichtlicher Tausgleich im Erwachsenenstrafrecht” (ATAE)”, en KERN, H.J./HASSEMER, E./MARKS, E./WANDREY, M. (ed), *tater-Opfer-Ausgleich-auf dem Weg zur bundesweiten Anwendung? Beitrage zu einer Standortbestimmung*, Bonn, 1994.
- PRICE, M. E., “Victim-Offender Mediation: The State of the Art”, ponencia presentada en SPIDR (Society of Professionals in Dispute Resolution), 25th Annual International Conference, Orlando, septiembre 1997; “The Mediation of a Drunk Driving Death: A Case Development Study”, ponencia presentada a la International Conference of the Victim-Offender Mediation Association, Winnipeg, Manitoba, Canadá, junio 1994.
- RAKATOMAHANINA y otros, “Réflexions sur l’efficacité de la médiation pénale dans les violens conjugales faites aux femmes”, en *Gazette du Palais*, noviembre-diciembre, 2005.
- RIOS MARTÍN, Juan Carlos; OLAVARRÍA IGLESIA, Teresa, en la obra colectiva *Mediación civil y penal*, CGPJ, 2008.
- SHERMAN, L.W./STRANG.H., *Restorative justice: the evidence*, London, The Smith Institute, 2007.
- TRANKLE, Stefanie, *Im Schatten des Strafrechts. Eine Untersuchung der Mediation in Strafsachen am Beispiel des deutschen Täter-Opfer-Ausgleich und der französuschen „médiation pénale“ auf der Grundlage von Interaktions- und Kontextanalysen*, Berlin, Duncker&Humblot, 2007.
- UMBREIT, Mark S., “Violent offenders and their victims”, en *Mediation and Criminal Justice. Victims, offenders and community* (WRIGHT y GALAWAY ed.), Londres, SAGE Publications, 1989.
- VON SCHLIEFFEN, K Grafín, “Mediation im Rechtsstaat –Chancen einer neuen Konfliktordnung”, en HAFT, Frithof/VON SCHLIEFFEN, K. (ed), *Handbuch Mediation*, München, 2002.
- WALGRAVE, Lode, “Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain: Reflections on the judicial reaction to crime”, en ”, en *Restorative Justice &Criminal Justice. Competing or reconciliable paradigms?*, (VON HIRSCH, A/ROBERTS,J ed), 2003.
- WEMMERS, J.A; MARTIRE, R.; TREMBLAY, A., *La médiation et les victimes d’actes criminels. Actes de l’atelier tenu le 15 octobre 2004 à l’Université de Montréal*, Centre international de criminologie comparée, Université de Montréal, 2005.
- WEXLER, David B., “How The Law Can Use What Works: A Therapeutic Jurisprudence Look at Recent Research in Rehabilitation”, en *15 Behav.Sci.&L.365, 367*, 1997.
- WEXLER, David, B.&WINICK, Bruce J., *Law in THERapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence* xvii, 1996.
- WILSON, James Q./KELLING, George L., en su artículo “Broken Windows: The Police and neighborhood Safety”, *Atlantic Monthly*, 249, 1982.

- ZEHR, H., “*Retributive justice, restorative justice*”, publicado en *New Perspectives on Crime and Justice*, n. 4, 1985, Mennonite Central Comité, Office of Crime and Justice.
- ZEHR, H., *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, publicado en 1990.
- ZEHR, *The Little Book o Restorative Justice*, Intercourse, Pennsylvanie, Good Books, 2002.

CAPÍTULO VI

LA DENOMINADA PRISIÓN PROVISIONAL “ATENUADA” COMO MANIFESTACIÓN DE JUSTICIA TERAPÉUTICA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Pablo Grande Seara
Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

Sumario: 1. LA PRISIÓN PROVISIONAL “ATENUADA”: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA. 2. REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL ATENUADA EN EL DERECHO ESPAÑOL. 3. PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL ATENUADA. 3.1. Presupuestos de la prisión provisional (art. 503 y 506 LECrim). 3.1.1. El *fumus boni iuris*. 3.1.2. El *periculum in mora*. 3.1.3. Resolución judicial motivada. 3.2. Presupuestos específicos de la prisión provisional atenuada (art. 508 LECrim). 3.2.1. Por razón de la enfermedad del investigado o encausado. 3.2.2. Por razón del tratamiento de desintoxicación o deshabituación a sustancias estupefacientes del investigado o encausado. 4. RÉGIMEN DE CUMPLIMIENTO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL ATENUADA. 5. CONCLUSIONES. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. LA PRISIÓN PROVISIONAL “ATENUADA”: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

La prisión provisional o preventiva constituye la más restrictiva y severa de las medidas cautelares personales previstas en nuestro sistema procesal penal, por cuanto supone, en palabras de MORENO CATENA, “*la más grave intromisión que puede ejercer el poder estatal en la esfera de libertad del individuo sin que medie todavía una sentencia penal firme que la justifique*”¹. Consiste, como es sabido, en privar totalmente al investigado o encausado de su derecho fundamental a la libertad ambulatoria durante la sustanciación del proceso penal; y se materializa, por lo general, mediante su ingreso en un centro penitenciario con el fin de asegurar su presencia en el proceso o de evitar su reiteración delictiva, la ocultación o destrucción de fuentes de prueba o que actúe contra los bienes jurídicos de la víctima.

La prisión provisional se adopta cuando todavía no ha recaído una senten-

1 MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Penal* (con Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, 8ª edic., Valencia, 2017, pág. 321.

cia condenatoria y, por tanto, el destinatario de la misma se encuentra amparado por el derecho fundamental a la presunción de inocencia. En consecuencia, debe ser una medida cautelar excepcional y subsidiaria, que únicamente puede ser adoptada cuando objetivamente sea necesaria porque concurren sus presupuestos, previstos en el art. 503 LECrim, y “no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines” que con ella (art. 502.2 LECrim)². En este sentido, la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, declara que “la excepcionalidad de la prisión provisional significa que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general ha de ser la libertad del imputado o acusado durante la pendencia del proceso penal y, consecuentemente, que la privación de libertad ha de ser la excepción. Por tanto, no puede haber más supuestos de prisión provisional que los que la ley de forma taxativa y razonablemente detallada prevea”.

Además, al decidir sobre tal medida, ya sea sobre su adopción, mantenimiento o prórroga, el juez debe atender al principio de proporcionalidad, que implica que la prisión provisional solo es admisible para la consecución de ciertos fines constitucionalmente legítimos que, según la jurisprudencia del TC, son el de asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, así como el de evitar el riesgo de reiteración delictiva³; y, además, exige

2 Conforme a la STC 30/2019, de 28 de febrero (RTC 2019/30), este principio de excepcionalidad está vinculado al hecho de que en el proceso penal rigen los principios de favor libertatis o de in dubio pro libertatis. “Por ello la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la medida de prisión provisional “deben hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental que tales normas restringen, lo cual ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de libertad” (SSTC 88/1988, de 9 de mayo (RTC 1988/88); 98/2002, de 29 de abril (RTC 2002/98) y 95/2007, de 7 de mayo (RTC 2007/95). El principio deriva asimismo de la naturaleza subsidiaria de ese instituto, pues su carácter extraordinario impide que pueda ser aplicado en supuestos en los que mediante medidas alternativas menos onerosas puede alcanzarse el propósito perseguido, tal y como se deriva del apartado 6 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución núm. 45/110, de 14 de diciembre de 1990 (Reglas de Tokio). Dicho principio, acogido expresamente por el legislador en el art. 502.2 LECrim, obliga al intérprete a realizar un juicio que trasciende de la mera constatación de la concurrencia de los requisitos legales, pues aquél también deberá escrutar si la legítima finalidad que persigue puede lograrse a través de una medida alternativa”.

3 Vid., entre otras, SSTC 128/1995, de 26 de julio (RTC 1995/128); 47/2000, de 17 de febrero (RTC 2000/47) y 30/2019, de 28 de febrero (RTC 2019/30).

que el sacrificio que supone para la libertad del investigado o encausado sea razonable en comparación con la importancia del fin de la medida. Por ello, a la hora de adoptar tales decisiones, el juez habrá de tener en cuenta la repercusión que la medida puede tener en el investigado o encausado, tomando en consideración sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones, así como la entidad de la pena que pudiera ser impuesta (art. 502.3 LECrim).

En definitiva, antes de adoptar esta medida cautelar, el juez debe realizar un triple juicio: a) el juicio de idoneidad, es decir, si la prisión provisional contribuye a alcanzar el fin propuesto, que ha de ser alguno de los legalmente previstos; b) el juicio de necesidad, esto es, valorar si tal medida es necesaria porque no existe otra menos gravosa para los derechos del investigado, a través de la cual pueda alcanzarse el mismo fin; y, c) el juicio de proporcionalidad, que supone valorar si es una medida ponderada porque la restricción que supone para la libertad del investigado es razonable en atención al fin que se persigue con ella.

Como hemos apuntado, por lo general, la prisión provisional se materializa o se cumple mediante el ingreso del preso en un centro penitenciario. Pero el art. 508 LECrim prevé dos supuestos excepcionales en los que el juez puede acordar una modalidad de cumplimiento extracarcelario de la prisión provisional; es la denominada prisión provisional atenuada.

Se trata de una medida cautelar personal penal consistente en imponer de modo coactivo al investigado o encausado la obligación de permanecer en su propio domicilio o, en su caso, en un centro de desintoxicación o deshabitación a sustancias estupefacientes, con el fin de asegurar su sujeción al proceso penal, pero evitando su ingreso en un centro penitenciario cuando concurren las circunstancias legalmente previstas⁴.

Si bien han surgido algunas voces que defienden su naturaleza de medida cautelar personal alternativa a la prisión provisional⁵, la doctrina mayoritaria

4 Vid., DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, "La nueva prisión atenuada domiciliaria ¿una alternativa a la prisión provisional ordinaria?", *Diario La Ley*, núm. 6148, 16 de diciembre de 2004, Ref. 2499/2004, pág. 2 (<https://laleydigital.laley.es/>) (Consultado el 07/03/2019).

5 Vid., GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo, *La prisión provisional*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 200; A este respecto, PORTAL MANRUBIA ("La viabilidad de la prisión atenuada en el proceso penal", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2010, Ref. BIB 2010/1122, págs. 2 y 3 (<http://aranzadi.aranzadidigital.es/>) (Consultado el 01/03/2019), señala que la prisión atenuada no es equiparable a la prisión provisional porque al imputado no se le interrumpe su derecho fundamental a

sostiene que la prisión provisional atenuada, tal como está configurada en nuestro Derecho, es más bien una modalidad excepcional de cumplimiento de la prisión provisional, por lo que respecto de ella rigen los mismos presupuestos, fines y límites temporales que la ley prevé para la prisión provisional ordinaria⁶.

En este sentido, ASECIO MELLADO afirma que la prisión atenuada no se presenta como una medida alternativa a la prisión provisional que cumpla con el requisito de la excepcionalidad previsto en el art. 502 LECrim, sino como una medida sustitutoria basada en estrictas razones de salud, como una medida simplemente humanitaria. Y “*esta atenuación no puede considerarse como medida alternativa, sino como una forma especial de cumplimiento de la prisión provisional*”⁷.

Sobre esta cuestión también ha tenido ocasión de pronunciarse el TC, quien, si bien en su sentencia 14/1996, de 29 de enero define la prisión atenuada como “*figura intermedia entre la libertad y la prisión ordinaria*”⁸; en la sentencia 56/1997, de 17 de marzo, declara que “*la situación de «prisión atenuada» aparece configurada como una variante, y no un aliud, respecto de la «prisión preventiva» (...). La situación de «prisión atenuada» es, pues, «prisión preventiva» en el sentido genérico de la legislación penal y procesal militar*”. Y añade que, aunque el rigor de cumplimiento de la prisión preventiva ordinaria y atenuada es distinto, “*desde la perspectiva constitucional lo decisivo no son tanto las diferencias de la prisión preventiva atenuada*

proseguir su vida personal y familiar, dado que no es sometido al estricto Reglamento Penitenciario que impera en la cárcel; y añade que, en su opinión, esta institución no deja de ser un arresto domiciliario con más o menos flexibilidad.

6 Vid., DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “La nueva prisión atenuada domiciliaria...”, op. cit., págs. 2 y 3; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, 2ª edic., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pág. 686; NIETO GARCÍA, Ángel Juan, “La excarcelación de prisión por enfermedad: análisis de la situación para internos penados, preventivos y penados con prisión provisional”, *Diario La Ley*, núm. 7406, 20 de mayo de 2010, Ref. 2128/2010, pág. 7 (<https://laleydigital.laley.es/>) (Consultado el 19/02/2019).

7 ASECIO MELLADO, José María, “Notas sobre la regulación de la prisión provisional tras la reforma de 2003”, *Nuevos retos de la justicia penal* (Coords., Asencio Mellado y Fuentes Soriano), *La Ley*, Madrid, 2008, Ref. 7961/2010, pág. 5 (<https://laleydigital.laley.es/>) (Consultado el 08/03/2019). En el mismo sentido, BARRERA HERNÁNDEZ, Nicolás, “La reforma de la prisión provisional. Luces y sombras”, *Diario La Ley*, núm. 6325, 23 de Septiembre de 2005, Ref. 4510/2005, págs. 8 y 9 (<https://laleydigital.laley.es/>) (Consultado el 11/03/2019).

8 STC 14/1996, de 29 de enero (RTC 1996/14).

con la prisión preventiva rigurosa cuanto las diferencias de la prisión preventiva atenuada con la situación de libertad. Desde dicha perspectiva forzoso es concluir que la prisión atenuada no es una situación de restricción de libertad, sino una situación de privación de libertad en el sentido del art. 17.1, inciso segundo, y consiguientemente 4, inciso segundo, CE⁹.

Por tanto, hemos de concluir que, tal como se configura actualmente en nuestro ordenamiento, la prisión provisional atenuada constituye una modalidad de cumplimiento de la prisión provisional, por lo que, como veremos, está sujeta a los mismos presupuestos, límites temporales, procedimiento y régimen de compensación que la prisión provisional ordinaria¹⁰.

2. REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL ATENUADA EN EL DERECHO ESPAÑOL

La prisión provisional atenuada regulada en nuestra LECrim es una institución de origen militar, que trae su causa de los arts. 472 y 473 del Código de Justicia Militar de 1890 (en adelante CJM). Fue introducida en el proceso penal español durante la II República por la Ley de 10 de septiembre de 1931, que, en su artículo único, ordenaba la incorporación a la LECrim de los referidos preceptos del entonces vigente Código de Justicia Militar, en los que se regulaba la prisión provisional atenuada en el ámbito castrense¹¹.

9 STC 56/1997, de 17 de marzo (RTC 1997/56).

10 Tal configuración de la prisión provisional atenuada como una modalidad de cumplimiento de la prisión provisional se mantenía en el Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal, presentado por el Ministro de Justicia el 25 de febrero de 2013 (<https://confi legal.com/wp-content/uploads/2018/05/2013-BORRADOR-DE-C%C3%93DIGO-PROCESAL-PENAL-PP.pdf>), que en su art. 157 se refiere al régimen de cumplimiento de la prisión preventiva, disponiendo que tendrá lugar en un centro penitenciario; mientras que en el art. 158, que lleva como rúbrica “*prisión provisional atenuada*”, permite que el ingreso en establecimiento penitenciario sea “*sustituido por la prisión atenuada*”, en los supuestos que el propio precepto enumera. En cambio, las denominadas medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva se regulan en los arts. 180 a 199 BACPP, dentro de un Capítulo que lleva la rúbrica genérica de “*Otras medidas cautelares personales*”, y que se ubica tras los Capítulos dedicados a regular la prisión preventiva, el internamiento en centro psiquiátrico y la detención.

11 Vid., Gaceta de Madrid, núm. 254, de 11 de septiembre de 1931, pág. 1762 (<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1931/254/A01762-01762.pdf>). Conforme al artículo único de esta Ley, “*El artículo 472 del Código de Justicia militar se incorporará a la ley de Enjuiciamiento criminal ordinario, con la siguiente redacción: “Cuando a juicio del instruc-*

Aunque se trató de una técnica legislativa formalmente atípica, por cuanto a estos preceptos del Código de Justicia Militar no se les asignó numeración dentro de la LECrim, ni su contenido se incorporó a ningún precepto de la misma, lo cierto es que se admitió comúnmente que tal previsión de la Ley de 10 de septiembre de 1931 permitía al juez de instrucción la adopción de la prisión provisional atenuada cuando lo considerase oportuno¹², esto es, no limitaba la Ley los supuestos concretos en que era posible su adopción sino que se dejaba al “juicio” del órgano judicial la valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto para determinar su conveniencia. Conforme al art. 473 CJM, la atenuación de la prisión provisional consistía en el arresto o imposición coactiva de permanencia en el propio domicilio del investigado, con la vigilancia que se considerase necesaria. Pero el juez instructor podía autorizar al preso preventivo la salida del domicilio por motivos laborales “*durante las horas necesarias para la prestación de sus servicios o ejercicio de su profesión*”, siempre con las medidas de vigilancia que garanticen la seguridad de la medida¹³.

Esta situación se mantuvo hasta la reforma de la LECrim operada por la Ley 16/1980, de 22 de abril, sobre modificación de los artículos 503, 504 y 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional¹⁴, con la que se incorpora, de forma expresa, en el art. 505.II LECrim la prisión provisional atenuada. En concreto, el citado precepto disponía que “*los jueces podrán acordar la prisión atenuada cuando por razón de enfermedad del inculcado el internamiento entrañe grave peligro para su salud*”.

tor deben atenuarse las condiciones de la prisión preventiva, acordarán su atenuación.” El artículo 473 del Código de Justicia militar se incorporará asimismo a la ley Civil, con la siguiente redacción: “La atenuación de la prisión preventiva consistirá: en el arresto, en el propio domicilio, con la vigilancia que se considere necesaria. En la posibilidad de que los sujetos a prisión preventiva atenuada salgan de su domicilio durante las horas necesarias para la prestación de sus servicios o ejercicio de su profesión, siempre con vigilancia que se estime necesaria para los fines de seguridad del encartado.”

12 Sobre las dificultades interpretativas derivadas de esta deficiente técnica legislativa, vid., ampliamente, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y QUERALT JIMÉNEZ, Arge- lia, “La prisión atenuada como medida cautelar aplicable con carácter general y la vigencia de la Ley de 10 de septiembre de 1930, *Diario La Ley*, núm. 6174, 24 de enero de 2005, Ref. 79/2005, págs. 4 a 6 (<https://laleydigital.laley.es/>) (Consultado el 07/03/2019).

13 Vid., DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “La nueva prisión atenuada domici- liaria...”, op. cit., pág. 2.

14 BOE, núm. 101, de 26 de abril de 1980 (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-8713>).

Como se puede apreciar, esta nueva disposición suponía, *a priori*, una clara restricción del ámbito de posible aplicación de la prisión provisional atenuada con respecto a la situación anteriormente vigente, por cuanto de conformidad con el art. 505.II LECrim, el órgano judicial sólo podrá acordarla “*por razón de enfermedad del inculpado*” y para evitar que el ingreso en centro penitenciario “*entrañe grave peligro para su salud*”.

Este carácter restrictivo continuó tras la aprobación de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional¹⁵, que lleva al art. 508 LECrim la regulación del “arresto domiciliario” del imputado, como posible sustitutivo de la prisión provisional cuando “*por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud*”. En coherencia con ello, el juez o tribunal únicamente podría autorizar la salida del domicilio “*durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa*”¹⁶.

De forma casi inmediata, este art. 508 LECrim fue nuevamente modificado por la Disposición final primera de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁷, dando al citado precepto la redacción actualmente vigente. De este modo, el art. 508 LECrim, pasa a estructurarse en dos apartados. En el primero, se mantiene la regulación de la prisión provisional atenuada por razón de enfermedad del investigado en términos muy similares a los introducidos por la Ley Orgánica 13/2003, aunque se omite la referencia al “arresto domiciliario” como sustitutivo de la prisión provisional, indicándo-

15 BOE, núm. 257, de 27 de octubre de 2003 (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-19748>).

16 El Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-reforma-de-la-Ley-de-Enjuiciamiento-Criminal-en-materia-de-prision-provisional>), pág. 25, valora positivamente esta nueva regulación, señalando que “*a diferencia de la regulación vigente, cuyo artículo 505, pfo 2º LECrim debía ser integrado con los arts. 225 y ss. de Ley Orgánica Procesal Militar, 2/1989, de 13 de abril, contiene una regulación más precisa de la prisión atenuada y define en qué consiste esta modalidad de prisión, esto es, en la privación de libertad del imputado que, por razones de salud, no tiene lugar en un Centro penitenciario sino en el propio domicilio*”.

17 BOE, núm. 283, de 26 de noviembre de 2003 (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21538>).

se simplemente que la prisión provisional se podrá verificar en el domicilio del investigado. Y, en el segundo, se introduce un nuevo supuesto en que se puede acordar la prisión provisional atenuada, a saber, cuando el investigado se halla sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabituación a sustancias estupefacientes y el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento; en tal caso, *“la medida de prisión provisional podrá ser sustituida por el ingreso en un centro oficial o de una organización legalmente reconocida para continuación del tratamiento, siempre que los hechos objeto del procedimiento sean anteriores a su inicio”*.

Ahora bien, ni la Ley 16/1980, de 22 de abril, ni las posteriores reformas de 2003 han derogado expresamente la Ley de 10 de septiembre de 1931, lo que suscita la duda de si la prisión provisional atenuada constituye una medida excepcional que cabe adoptar únicamente en los dos supuestos expresamente contemplados en el art. 508 LECrim o, por el contrario, se ha de entender que continúa en vigor la Ley republicana de 1931, que permite al juez instructor acordarla en todos aquellos casos en que la considere más oportuna, sin limitarse a la concurrencia de una situación de enfermedad o de drogadicción del investigado.

Algunos autores sostienen que, pese a la lamentable situación legislativa existente en esta materia, en la medida en que la Ley de 10 de septiembre de 1931 no ha sido expresamente derogada y porque estando en juego derechos fundamentales la interpretación de las normas ha de ser la más favorable a su respeto, no deben existir reparos en admitir una aplicación extensiva de la prisión provisional atenuada, que además debería ser la regla general¹⁸.

A nuestro juicio, en cambio, pese a la deficiente técnica legislativa utilizada, la Ley de 1931 debe entenderse tácitamente derogada por resultar incompatible con el tenor literal del vigente art. 508 LECrim¹⁹. Por ello, como veremos, hoy por hoy, el ámbito de aplicación de la prisión provisional atenuada debe entenderse ceñido a los dos supuestos concretos previstos en el referido precepto, lo cual sin duda resulta cuestionable: cuando por razón de enfer-

18 Vid., ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “La prisión atenuada como medida cautelar aplicable con carácter general...”, op. cit., págs. 4 a 6; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento criminal. Séptima lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2004, pág. 260; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Cárcel electrónica versus prisión preventiva”, (https://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/Gudin_Prision_Preventiva.pdf), pág. 22 (Consultado el 12/03/2019).

19 En este sentido, vid., DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “La nueva prisión atenuada domiciliaria...”, op. cit., págs. 5 y 6.

medad el internamiento entrañe grave peligro para la salud del investigado; y cuando éste se halle sometido a un tratamiento de desintoxicación o deshabituación a sustancias estupefacientes cuyo resultado se pueda ver frustrado por su ingreso en prisión.

3. PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL ATENUADA

En cuanto modalidad de cumplimiento de la prisión provisional, la atenuada exige, como *conditio sine quae non*, la concurrencia de los presupuestos que permiten adoptar la prisión provisional, previstos en el art. 503 LECrim. Y, sólo una vez constatada la confluencia de tales presupuestos, podrá entrar a ponderarse si el régimen del internamiento ha de ser el ordinario o el atenuado, según que el destinatario de la medida cautelar se halle o no en alguno de los supuestos contemplados en el art. 508 LECrim. Por ello, al tratar los presupuestos de la prisión provisional atenuada, hemos de referirnos siquiera someramente a los presupuestos generales de la prisión provisional, para luego centrarnos en los presupuestos específicos de su modalidad atenuada.

3.1. Presupuestos de la prisión provisional (art. 503 y 506 LECrim)

Como indicamos, los presupuestos o condiciones para que se pueda decretar la prisión provisional del investigado se establecen en el art. 503 LECrim, los cuales se pueden sistematizar en los dos presupuestos tradicionalmente destacados por la doctrina y la jurisprudencia: el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, y el *periculum in mora* o riesgos que tratan de conjurarse con la aplicación de la medida cautelar²⁰. A ellos se añade un tercer presupuesto consistente en que la prisión provisional ha de venir decretada por una resolución judicial motivada, en forma de auto, que se debe dictar, como regla general, tras la celebración de la audiencia regulada en el art. 505 LECrim, que incorpora los principios acusatorio y de contradicción al procedimiento cautelar.

3.1.1. El *fumus boni iuris*

El presupuesto del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho se concreta en la existencia de “indicios racionales de criminalidad” contra la

²⁰ Vid., MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Penal...*, op. cit., págs. 323 a 328.

persona investigada, es decir, en la imputación al investigado de un hecho delictivo de características determinadas²¹; y, más concretamente, consta de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo, que se deben desprender de las actuaciones.

Conforme al art. 503.1.1º LECrim, el componente objetivo del *fumus boni iuris* consiste en “*que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso*”. Esto significa que, en virtud del principio de proporcionalidad, para que se pueda decretar la prisión provisional es necesaria la constancia de que se ha cometido un delito que lleve aparejada una pena privativa de libertad, y que ésta sea de una cierta gravedad, en concreto, que se trate de una pena de prisión cuyo máximo legal sea igual o superior a dos años.

No obstante, esta regla general presenta cuatro excepciones, en las que se puede adoptar la prisión provisional, aunque el delito en cuestión tenga prevista una pena menor (pero siempre que se trate de una pena privativa de libertad), y concurren circunstancias particulares en función del riesgo que con ella se trate de evitar:

– Cuando el investigado o encausado tenga antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso (art. 503.1.1º LECrim).

– Cuando con la prisión provisional se pretenda evitar el riesgo de fuga del investigado y de las actuaciones resulte que, en los dos años anteriores, se han dictado contra él al menos dos requisitorias para su llamamiento y búsqueda por cualquier órgano judicial (art. 503.1.3º.a) LECrim).

– Cuando la prisión provisional tienda a evitar que el investigado o encausado actúen contra los bienes jurídicos de la víctima, siendo ésta alguna de las personas previstas en el art. 173.2 CP (art. 503.1.3º.c) LECrim)²².

21 Como ha señalado reiteradamente el TC, el *fumus boni iuris* “*ha de consistir necesariamente en la existencia de razonables sospechas de la comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida*” (vid., entre otras, SSTC 128/1995, de 26 de julio (RTC 1995/128); 179/2005, de 4 de julio (RTC 2005/179); 66/2008, de 29 de mayo (RTC 2008/66); 29/2019, de 28 de febrero (RTC 2019/29); 30/2019, de 28 de febrero (RTC 2019/30)).

22 Recordemos que estas personas a las que se refiere el art. 173.2 CP son aquellas que pueden ser víctimas de violencia doméstica o de género, a saber, el cónyuge o persona

– Cuando, imputándose un delito doloso, con la prisión provisional se trate de prevenir el riesgo de reiteración delictiva del investigado o encausado y de sus antecedentes y, de los datos que aporte la policía o resulten de las actuaciones, pueda inferirse racionalmente que viene actuando dentro de una organización criminal o realiza sus actividades delictivas con habitualidad (art. 503.2.III LECrim).

A su vez, el elemento subjetivo del *fumus boni iuris* se concreta en “*que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión*” (art. 503.1.2º LECrim). Es decir, debe existir una probabilidad suficientemente fundada de que, en su momento, se dictará una sentencia condenatoria por el delito en cuestión contra el sujeto pasivo de la medida cautelar. Por ello, como apunta MORENO CATENA, aunque pueda resultar acreditada la existencia del hecho delictivo y la participación en el mismo del investigado, si el delito se cometió concurriendo una causa de justificación, no se podrá adoptar la prisión provisional (art. 502.4 LECrim)²³.

3.1.2. El *periculum in mora*

Como es sabido, este segundo presupuesto de la prisión provisional consiste en el riesgo de que, durante el tiempo que tarda en tramitarse el proceso penal, el investigado o encausado pueda llevar a cabo ciertas actuaciones que obsten al normal desarrollo del proceso y/o a la ejecución de la sentencia condenatoria que eventualmente se dicte²⁴. En este sentido, los riesgos que

que esté o haya estado ligada al investigado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o la persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

23 MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Penal...*, op. cit., pág. 325.

24 Vid., entre otras, SSTC 128/1995, de 26 de julio (RTC 1995/128); 56/1997, de 17 de marzo (RTC 1997/56); 47/2000, de 17 de febrero (RTC 2000/47); 217/2001, de 29 de octubre (RTC 2001/217); 333/2006, de 20 de noviembre (RTC 2006/333); 150/2007, de 18 de junio (RTC 2007/150); 65/2008, de 29 de mayo (RTC 2008/65); y 30/2019, de 28 de febrero (RTC 2019/30).

tratan de conjurarse con la prisión provisional, o dicho en otras palabras, los fines que la misma puede cumplir, y que representan la medida de su propia constitucionalidad²⁵, son los previstos en el art. 503.1.3º y 2 LECrim.

En primer lugar, la prisión provisional puede acordarse para “asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga” (art. 503.1.3º.a) LECrim). Y, a los efectos de valorar la concurrencia e intensidad de este riesgo, se debe atender conjuntamente a los siguientes factores: la naturaleza del hecho delictivo, la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado, la situación familiar, laboral y económica de éste, y la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular cuando proceda incoar un “juicio rápido”. A su vez, como ya apuntamos, procederá acordar la prisión provisional por entenderse que concurre este riesgo cuando de las actuaciones resulte que, en los dos años anteriores, se han dictado contra el investigado o encausado al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial.

Otro de los fines que se pueden perseguir con la prisión provisional es “evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento” (art. 503.1.3º.b) LECrim). Este fin únicamente justifica la adopción de esta medida cautelar cuando exista un “peligro fundado y concreto” de tal ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba; y para valorar su existencia se atenderá a la capacidad del investigado o encausado para acceder por sí mismo o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros investigados o encausados, testigos o peritos.

En cambio, dicho peligro no puede inferirse únicamente del “ejercicio del derecho de defensa o de la falta de colaboración del investigado o encausado en el curso de la investigación”. Es decir, como señala GIMENO SENDRA, la prisión provisional no puede utilizarse como instrumento de la investigación penal, facultando al juez a ordenar o no el ingreso en prisión del investigado en función de la actitud procesal que adopte o de su disposición al esclarecimiento de los hechos. La utilización de la prisión provisional como medio para obtener pruebas o arrancar una confesión sería una práctica inquisitiva que excedería los límites constitucionales de esta medida cautelar²⁶.

25 Como señala MORENO CATENA (*Derecho Procesal Penal...*, op. cit., pág. 325), el *periculum in mora* representa la medida de la constitucionalidad de la prisión provisional, de modo que si los fines que se persiguen con ella no se adecúan a las previsiones constitucionales, la medida cautelar resultará ilegítima.

26 GIMENO SENDRA, Víctor, *Derecho Procesal Penal...*, op. cit., pág. 687.

La prisión provisional también puede tener como fin “evitar que el investigado o encausado puedan actuar contra los bienes jurídicos de la víctima”, en particular, cuando sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP; en cuyo caso se podrá adoptar esta medida cautelar aun cuando la pena privativa de libertad prevista para el delito en cuestión tenga una duración inferior a dos años.

Finalmente, conforme al art. 503.2 LECrim, la prisión provisional también se puede acordar para “evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos”; riesgo que se deberá valorar atendiendo a las circunstancias del hecho, que habrá de tratarse en todo caso de un delito doloso, y a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.

A este respecto, conviene recordar que, si bien tanto la jurisprudencia del TEDH como la del TC permiten la adopción de la prisión provisional con el fin de evitar el riesgo que supone para la sociedad la reiteración delictiva²⁷, ello ha sido cuestionado por la doctrina procesalista, por cuanto supone partir de una presunción de culpabilidad, atribuyendo a la prisión provisional un fin de prevención especial. La privación de libertad actuaría en este caso como un remedio frente a la temida peligrosidad del presunto responsable, y la valoración de tal peligrosidad sólo se puede fundamentar en la hipótesis de que el

27 Vid., entre otras, SSTC 128/1995, de 26 de julio (RTC 1995/128); 47/2000, de 17 de febrero (RTC 2000/47); 217/2001, de 29 de octubre (RTC 2001/217); 191/2004, de 2 de noviembre (RTC 2004/191); 35/2007, de 12 de febrero; 27/2008, de 11 de febrero (RTC 2008/27); o 65/2008, de 29 de mayo (RTC 2008/65). A este respecto, la STC 30/2019, de 28 de febrero (RTC 2019/30) admite como uno de los fines de la prisión provisional el de “conjurar el peligro de reiteración delictiva, en la línea de lo dispuesto en el art. 5.1 CEDH, y con la cautela de considerar esta finalidad de modo compatible con la garantía del derecho a la presunción de inocencia del que goza el investigado o encausado”. Y añade que “conforme a la jurisprudencia del TEDH, dicha previsión no da cobertura a decisiones de prevención general dirigidas contra un individuo o una categoría de individuos que se estime constituyan un peligro debido a su continua tendencia al crimen; sino que, más limitadamente, en el contexto de la persecución de un delito, los arts. 5.1.c) y 5.3 del Convenio, interpretados conjuntamente, permiten a los Estados contratantes imponer y mantener en el tiempo una privación cautelar de libertad previa al juicio como medio de prevención de una concreta y específica infracción penal, finalidad que ha de venir fundamentada en hechos o informaciones concretas basadas en datos objetivos”. Vid., asimismo, SSTDH de 27 de mayo de 1997, Caso Eriksen contra Noruega (TEDH 1997/30); de 13 de enero de 2011, Caso Kallweit contra Alemania (JUR 2011/3410); de 7 de marzo de 2013, Caso Ostendorf contra Alemania (JUR 2013/72820); o de 28 de octubre de 2014, Caso Urtans contra Letonia (JUR 2014/265554).

investigado o encausado sea efectivamente culpable del delito que se le imputa²⁸. Por ello, GIMENO SENDRA se muestra crítico con la redacción dada al art. 503.2 LECrim, que, a diferencia de lo que exige la doctrina emanada del TEDH y del TC²⁹, autoriza la prisión provisional cuando exista un riesgo de reiteración delictiva genérico, no concreto, y no exige relación alguna entre el delito cometido y el que se pretende evitar, siendo suficiente atender a criterios tan vagos e imprecisos como son “*las circunstancias del hecho*” y “*la gravedad de los delitos que se pudieran cometer*”. A ello se añade que, cuando el investigado pertenezca a una organización criminal o realice sus actividades delictivas con habitualidad, se podrá acordar la prisión provisional con el fin de evitar que cometa cualquier delito, sin importar su entidad, lo que puede resultar desproporcionado³⁰.

3.1.3. Resolución judicial motivada

El tercer presupuesto de la prisión provisional es que, tanto su adopción como, en su caso, su prórroga, se decrete mediante una resolución judicial suficientemente motivada. En este sentido, el art. 506.1 LECrim dispone que las resoluciones que se dicten sobre la situación personal del investigado o encausado adoptarán la forma de auto; y añade que el auto que acuerde la prisión provisional o disponga su prolongación “*expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción*”.

La necesidad y suficiencia de esta motivación ha sido precisada por la jurisprudencia constitucional, señalando que ha de ser una motivación “*sufi-*

28 Vid., MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Penal...*, op. cit., pág. 327.

29 Recuerda el autor que, conforme a la jurisprudencia, la apreciación del riesgo de reiteración delictiva a los efectos de poder decretar la prisión provisional del investigado debe quedar condicionada al cumplimiento de estrictos límites, tales como la exigencia de que el hecho delictivo presuntamente cometido y el que se pretende evitar tengan una naturaleza común, que tanto uno como el otro sean especialmente graves o al menos de la misma gravedad que los que autorizan la prisión provisional con carácter general, y que el investigado tenga suficiente grado de experiencia y capacidad para facilitar la repetición de los actos delictivos (vid., GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal...*, op. cit., pág. 688).

30 GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal...*, op. cit., pág. 688. Vid., asimismo, GISBERT GISBERT, Antonio, “Reflexiones sobre la prisión provisional”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 76, cuarto trimestre 2004, págs. 6 a 8.

ciente y razonable”, que pondere adecuadamente los intereses en juego (por una parte, la libertad de la persona cuya inocencia se presume; y, por otra, la correcta administración de la justicia penal), a partir de la información disponible en el momento de adoptar la decisión y de la consideración de la prisión provisional como una medida excepcional, subsidiaria y provisional. Y tal ponderación no puede ser arbitraria, sino que ha de resultar acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y especialmente con los fines que justifican la prisión provisional. Por ello, el auto de prisión ha de expresar en todo caso cuál es el presupuesto de la medida y el fin constitucionalmente legítimo que con ella se persigue³¹.

Además, como señala la STC 333/2006, de 20 de noviembre, cuando se trate de la decisión de mantener o prorrogar la prisión provisional, a efectos de la motivación del auto de prisión, el juez deberá atender no sólo a las características y gravedad del delito imputado y de la pena que conlleva, sino también a las circunstancias concretas del caso y a las personales del investigado, valorando la incidencia que el transcurso del tiempo haya podido tener en ellas desde el momento en que se acordó la prisión provisional. Así, declara que *“este Tribunal ha identificado dos criterios de enjuiciamiento en la motivación de la medida cautelar. El primero exige tomar en consideración, además de las características y gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. El segundo introduce una matización en el anterior al valorar la incidencia que el transcurso del tiempo ha de tener en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, de modo que si bien es cierto que, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional así como los datos de que en ese instante disponga el instructor pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, dado que de este dato puede inferirse razonablemente la existencia de riesgo de fuga, también es verdad que el paso del tiempo modifica estas circunstancias y obliga a ponderar los datos personales y los del caso concreto conocidos en momentos posteriores”*³².

31 Vid., entre otras muchas, SSTC 333/2006, de 20 de noviembre (RTC 2006/333); 66/2008, de 29 de mayo (RTC 2008/66).

32 STC 333/2006, de 20 de noviembre (RTC 2006/333). En el mismo sentido, SSTC 79/2007, de 16 de abril (RTC 2007/79); 27/2008, de 11 de febrero (RTC 2008/27); 50/2009, de 23 de febrero (RTC 2009/50).

3.2. Presupuestos específicos de la prisión provisional atenuada (art. 508 LECrim)

Como apuntamos, una vez constatada la concurrencia de los presupuestos legalmente previstos para acordar la prisión provisional, a los que acabamos de referirnos, es cuando el tribunal debe examinar si concurren o no los presupuestos específicos contemplados en el art. 508 LECrim para decidir si procede adoptarla en su modalidad atenuada u ordinaria.

Tales presupuestos delimitan el ámbito de aplicación de la prisión provisional atenuada, por cuanto constituyen los supuestos de hecho que habilitan para adoptar esta modalidad de prisión provisional. Y, a la hora de definirlos, nuestro legislador ha optado por aplicar un criterio restrictivo, limitando únicamente a dos los casos en que procede la atenuación de la privación de libertad: cuando por razón de la enfermedad que padezca el investigado o encausado el internamiento en un centro penitenciario entrañe un grave riesgo para su salud (art. 508.1 LECrim); y cuando el destinatario de la medida cautelar esté sometido a un tratamiento de desintoxicación o deshabitación a sustancias estupefacientes cuyo resultado se puede frustrar por su ingreso en prisión (art. 508.2 LECrim).

Tal opción legislativa parece obedecer en buena medida a la falta de disponibilidad de los medios humanos y materiales que serían necesarios para la vigilancia de estos presos preventivos en caso de aplicarse extensivamente esta modalidad de prisión atenuada. Pero, a día de hoy, tal argumento no parece admisible para mantener su aplicación restrictiva, habida cuenta del avance experimentado por los mecanismos de control electrónico, que permiten sustituir la vigilancia mediante la presencia policial continuada, que sin duda resulta antieconómica³³.

Por ello, la doctrina se muestra crítica con la regulación vigente de la prisión provisional atenuada contenida en la LECrim, postulando su sustitución por una cláusula genérica autorizante de la misma, a semejanza de la prevista en el art. 225 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar³⁴; o,

33 Vid., DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “La nueva prisión atenuada domiciliaria...”, op. cit., pág. 9.

34 Conforme al art. 225 LPM, “*El mismo Juez que tenga facultades para acordar la prisión preventiva, cuando en el preso concurren circunstancias excepcionales que a su juicio lo aconsejen, podrá, de oficio o a petición de aquél o de su defensor, disponer que la prisión sea atenuada*”. Es decir, en el ámbito del proceso penal militar, se deja al juez un importante margen de discrecionalidad para adoptar la prisión provisional atenuada, ya

cuando menos, su extensión a otros supuestos previstos en el Derecho comparado basados en la concurrencia de un menor riesgo de fuga y en la aplicación del principio de proporcionalidad, tales como el de la investigada embarazada o lactante, los investigados con hijos menores de tres años o personas dependientes a su cargo, o los investigados mayores de setenta años³⁵.

Cabe destacar que las dos opciones apuntadas se exploraron en los Anteproyectos de Ley presentados en los años 2011 y 2013, con los Gobiernos del PSOE y del PP, respectivamente, para sustituir a la vigente LECrim.

En el primer sentido indicado apuntaba el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011³⁶, cuyo art. 210, bajo la rúbrica *Prisión atenuada* disponía que “*El juez podrá disponer, en interés de la salud o de la seguridad de la persona a la que procede aplicar una medida cautelar privativa de libertad, que permanezca en su domicilio o en otro lugar privado por él designado, previo consentimiento de su morador o titular; o, en su caso, en centro público o privado médico, psiquiátrico, de deshabitación o educativo especial*”. Como se puede apreciar, en este Anteproyecto se sustituía la enumeración de supuestos tasados en los que se puede adoptar esta medida, por la decisión discrecional del juez en atención al interés de la salud o de la seguridad del investigado. Además, la prisión atenuada podría cumplirse “*de forma continuada o durante determinados días u horas, pudiendo el juez o tribunal fijar con carácter general o permitir puntualmente las salidas que el investigado o acusado necesite por motivos laborales, familiares o de salud*” (art. 210.2 ALECRim).

En cambio, el Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013 se decantaba por ampliar tanto los supuestos específicos en los que se permite adoptar la prisión atenuada, como los lugares en los que se puede cumplir, pero manteniendo el carácter tasado de los mismos³⁷. Así, el art. 158.1 BACPP disponía que “*El ingreso en establecimiento penitenciario podrá ser sustituido por la prisión atenuada cuando no se pueda atender debidamente en*

que no se concretan cuáles son esas “circunstancias excepcionales” del preso que pueden justificar su adopción.

35 Vid., DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “La nueva prisión atenuada domiciliaria...”, op. cit., pág. 9; NIETO GARCÍA, Ángel Juan, “La excarcelación de prisión por enfermedad...”, op. cit., pág. 8.

36 Vid., https://confilegal.com/wp-content/uploads/2018/05/20110728_ANTEPROYECTO-DE-LECRIM-DEL-PSOE.pdf. (Consultado el 01/03/2019).

37 Vid., <https://confilegal.com/wp-content/uploads/2018/05/2013-BORRADOR-DE-C%C3%93DIGO-PROCESAL-PENAL-PP.pdf>. (Consultado el 01/03/2019).

ningún centro penitenciario al encausado, por hallarse incurso en alguna de las siguientes circunstancias: estar gravemente enfermo, ser mayor de setenta años, necesitar someterse a un tratamiento curativo o de rehabilitación, o existir riesgo para su seguridad”. Y, el apdo. 2 de este mismo precepto añadía que “La prisión atenuada se podrá cumplir en el propio domicilio del encausado o en otro lugar, con consentimiento en su caso del morador, así como en un centro médico, psiquiátrico, de deshabitación o de educación especial, atendiendo al motivo de la atenuación”.

En cualquier caso, por el momento, ninguna de estas dos propuestas de reforma ha fructificado, por lo que, a continuación, analizaremos los supuestos en los que se puede acordar la prisión provisional atenuada conforme a la legislación actualmente vigente.

3.2.1. Por razón de la enfermedad del investigado o encausado

A tenor del art. 508.1 LECrim, el juez o tribunal “*podrá acordar que la medida de prisión provisional del investigado o encausado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud*”. En tal caso, se podrá autorizar que el investigado o encausado salga de su domicilio “*durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa*”.

Si bien se observa, la prisión provisional atenuada descansa en la interpretación de un concepto jurídico indeterminado, la enfermedad del investigado o encausado, cuando su internamiento comporte un grave riesgo para su salud; concepto que deberá aplicarse atendiendo al criterio del médico forense que valore la situación del investigado y la conveniencia de su salida del centro penitenciario en función de las circunstancias particulares de cada caso^{38/39}.

38 Vid., NIETO GARCÍA, Ángel Juan, “La excarcelación de prisión por enfermedad...”, op. cit., pág. 8. El autor señala con acierto que la redacción dada al art. 508 LECrim permite un abanico de posibilidades superior al de los condenados que estén cumpliendo una pena privativa de libertad, y aspiran a obtener la libertad condicional por razón de enfermedad, pues el art. 91.1.II CP exige que se trate de “*enfermos muy graves con padecimientos incurables*”, requisito que no se exige a efectos de acordar la prisión provisional atenuada.

39 En este sentido, el AAP de Cuenca, de 17 de abril de 2018 (JUR 2018\151536), des-
carta la prisión provisional atenuada porque “*no obran en la causa informes médicos que*

Con todo, de la redacción legal, hemos de entender que en dicho concepto tienen cabida cuando menos dos supuestos concretos: el del investigado que ya padece una enfermedad que previsiblemente se agravará a causa de su ingreso en prisión; y el del investigado, inicialmente sano, que contrae la enfermedad estando en prisión y el mantenimiento del internamiento en el centro penitenciario entraña grave riesgo para su salud. A este respecto, PORTAL MANRUBIA puntualiza con acierto que lo relevante a efectos de aplicar la modalidad atenuada de la prisión preventiva es que el investigado se halle aquejado de una enfermedad que se puede ver agravada con su ingreso en prisión poniendo en grave peligro su salud, sin que sea exigible que desde el primer momento ya se encuentre en un estado terminal o de riesgo inminente de muerte⁴⁰.

Pero, en cualquier caso, la prisión provisional atenuada sólo procede cuando el grave peligro para su salud sea ajeno a la voluntad del propio investigado, es decir, cuando no sea el propio preso quien por su libre voluntad se pone en tal situación de peligro, como es el caso, por ejemplo, del preso que mantiene una huelga de hambre, pese a estar informado de los posibles peligros para su vida o integridad física que ello conlleva⁴¹.

avalen o aseveren las manifestaciones sobre la afectación de la salud física o psíquica del interno de modo que no se dan los presupuestos necesarios para acordar una prisión atenuada en el domicilio del investigado, prevista en el artículo 508 LECrim, más allá del propio deterioro físico y psíquico que cualquier ingreso en un centro penitenciario puede conllevar”.

40 PORTAL MANRUBIA, José, “La viabilidad de la prisión atenuada...”, op. cit., pág. 4.

41 Vid., NIETO GARCÍA, Ángel Juan, “La excarcelación de prisión por enfermedad...”, op. cit., pág. 8; PORTAL MANRUBIA, José, “La viabilidad de la prisión atenuada...”, op. cit., pág. 4. En este sentido el AAN de 25 de enero de 2007 (JUR 2007/37022) señala que “*en cuanto a la prisión provisional atenuada en su domicilio, igualmente consideramos que no procede acceder a lo interesado por cuanto no concurren en el presente supuesto los requisitos establecidos en el art. 508.1 LECr para acordar la prisión atenuada por cuanto:*

1º. Según el citado precepto procede la prisión en el domicilio del preso cuando «... el internamiento entrañe grave peligro para su salud», lo que no es del caso porque lo que entraña grave peligro para la salud de no es, precisamente, el internamiento, sino su voluntad de no comer por las circunstancias que considera convenientes, lo que es muy distinto. No es la situación de prisión lo que agrava su salud.

2º. La prisión atenuada está prevista para otro tipo de supuestos distintos del actual; bien cuando aparece una enfermedad sobrevenida (por ejemplo, tumor terminal), bien

Por lo demás, como ya hemos apuntado, la doctrina ha reivindicado la necesidad de extender la prisión provisional atenuada por enfermedad del investigado a otros supuestos contemplados en el derecho comparado, que se basan en la concurrencia de un menor riesgo de fuga y en la aplicación del principio de proporcionalidad, y que podrían tener cabida en una interpretación extensiva del referido concepto jurídico indeterminado. En este sentido, DE LA ROSA CORTINA menciona los casos de la investigada embarazada o en periodo de lactancia, el del investigado con hijos menores de 3 años o personas dependientes a su cargo, o el del investigado mayor de 70 años. Y señala que, en tanto estos supuestos pueden generar problemas de salud, no debe descartarse, *a priori*, como legitimadores de la prisión provisional atenuada; la escasez de medidas alternativas a la prisión preventiva en nuestro proceso penal aconseja una interpretación extensiva *pro reo* que integre supuestos de hecho huérfanos de solución legal⁴².

Un caso particular es el de los investigados que padecen algún tipo de alteración psíquica o enfermedad mental grave. Cuando han cometido delitos graves y concurre un riesgo de reiteración delictiva, se plantea la necesidad de adoptar respecto de ellos medidas cautelares privativas de libertad. Pero nuestra legislación procesal penal no contempla una medida cautelar de internamiento preventivo en un centro psiquiátrico, por lo que muchas veces se acude a la prisión provisional, pese a que en el investigado concurren claros indicios de inimputabilidad, con lo que ya se puede pronosticar desde la fase de instrucción que no se va a solicitar ni se acabará imponiendo una pena privativa de libertad⁴³.

cuando se produce una agravación general del estado de salud del interno (por ejemplo, toxicómanos con sida). Pero ninguno de tales supuestos es el del caso en que es el preso quien, precisamente, por su propia voluntad (estando informado en todo momento –y así se acordó en las diversas resoluciones citadas– de su situación y los posibles peligros que para su vida y/o integridad física se generan por su voluntaria actitud de continuar con la huelga de hambre), se ha puesto en tal situación de peligro; esto es, se trata de una autopuesta en peligro libre y voluntaria”.

42 DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “La nueva prisión atenuada domiciliaria...”, op. cit., pág. 9. En el mismo sentido, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Cárcel electrónica...”, op. cit., pág. 22; NIETO GARCÍA, Ángel Juan, “La excarcelación de prisión por enfermedad...”, op. cit., pág. 8.

43 Como señala DE LA ROSA CORTINA (“Medidas cautelares personales en supuestos de graves anomalías psíquicas”, *La Ley Penal*, num. 108, mayo-junio 2014, pág. 3), la inadecuación de aplicar la prisión provisional a inimputables es particularmente

Esta situación fue reiteradamente advertida por la Fiscalía General del Estado, que ya en su Memoria anual de 2001 proponía la modificación de la LECrim para incluir en la misma *“la regulación del internamiento psiquiátrico como medida cautelar con todas las garantías previstas para la prisión provisional controlada directamente por el juez o tribunal penal mientras se tramita el proceso”*⁴⁴. De nuevo, en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2004 se propone para estos casos la regulación expresa de una medida de internamiento en centro adecuado, de carácter cerrado, como un psiquiátrico penitenciario u otro similar; y se muestra particularmente crítica porque en la reciente reforma de la LECrim llevada a cabo por la LO 15/2003, de 23 de noviembre, se había modificado el art. 508 LECrim para regular la prisión provisional atenuada para los investigados toxicómanos, obviando, de forma incomprensible, la situación en este punto de los imputados que padecen una enfermedad o deficiencia mental⁴⁵.

Más recientemente, esta problemática se vuelve a plantear en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2018⁴⁶, en la que se propone incorporar a la LECrim la regulación que sobre este extremo se contenía en el apartado Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013, en cuyos arts.

evidente cuando, seguida una causa por hechos graves, se dicta una sentencia absolutoria como consecuencia de la apreciación de la eximente, y se impone una medida de seguridad privativa de libertad fundada en la peligrosidad del sujeto. Si tal sentencia se recurre, no puede iniciarse la ejecución de la medida de seguridad, y la prolongación de la privación de libertad bajo el paraguas de la prisión provisional carecería de cualquier fundamento legal, por muy peligroso que pueda ser el sujeto. La prisión provisional no puede utilizarse en ningún caso para mantener neutralizada a una persona que ha sido absuelta.

En este sentido, la STC 191/2004, de 2 de noviembre (RTC 2004/191) declara que, *“la misma atribución de la condición de preso, siquiera sea acompañada del adjetivo provisional, a quien se sabe desde un principio exento de responsabilidad penal por ausencia de imputabilidad, constituye un contrasentido, toda vez que supone la imposición con carácter provisional de una medida (la prisión) cuya posibilidad de imposición con carácter definitivo está a priori descartada”*.

44 Vid., DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “Medidas cautelares personales en supuestos de graves anomalías...”, op. cit., pág. 3.

45 Vid., *Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2004*, págs. 679 y 680 (https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/memorias_fiscalia_general_estado/).

46 *Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2018*, págs. 985 y 986 (https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/memorias_fiscalia_general_estado/).

159 y 160 se regulaba el internamiento en centro psiquiátrico como medida cautelar personal⁴⁷.

Con todo, a día de hoy esta cuestión sigue sin una solución legal expresa, por lo que, con este marco legal, nos parecen acertadas las alternativas que propone DE LA ROSA CORTINA, en función de las circunstancias del caso: a) promover un internamiento psiquiátrico conforme al art. 763 LEC; b) acordar la prisión provisional atenuada en el domicilio, aplicando analógicamente el art. 508.1 LECrim (por ejemplo, cuando el investigado padezca un trastorno psiquiátrico que se potencia en el centro penitenciario y que podría llevar al suicidio); y, c) excepcionalmente, de ser estrictamente necesaria una medida cautelar privativa de libertad, se podría promover el ingreso en prisión provisional, interesando el traslado del investigado a una unidad psiquiátrica penitenciaria⁴⁸.

Otro supuesto destacado en el que se ha postulado la aplicación de la prisión provisional atenuada en el domicilio es aquel en el que el investigado tenga a su cargo y sea el único cuidador de menores o personas dependientes. A este respecto, resulta muy revelador el trabajo publicado por NAVARRO VILLANUEVA y RIBA TRIPAT⁴⁹, en el que, tras analizar los datos sobre el elevado número de madres con cargas familiares que cumplen prisión preventiva en España, y los perniciosos efectos que produce en los hijos el encarcelamiento de un progenitor⁵⁰, llegan a la conclusión de que la adopción de la

47 Recordemos que, además de esta medida cautelar específica, en el Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal también se contemplaban otras alternativas cautelares que pueden resultar adecuadas para los enfermos mentales, como son el sometimiento a tratamiento médico o a un control periódico del mismo carácter (art. 181.1.C) BACPP); y la prisión provisional atenuada en un centro psiquiátrico (art. 158.2 BACPP).

48 DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “Medidas cautelares personales en supuestos de graves anomalías...”, op. cit., págs. 4 y 6. A favor de aplicar la prisión atenuada domiciliaria en estos supuestos también se manifiesta LLEDÓ GONZÁLEZ, Carlos Luis, “Medidas cautelares a tomar en fase de instrucción respecto del enfermo mental presunto autor de una infracción penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1/2006, págs. 29 y 30.

49 NAVARRO VILLANUEVA, Carmen y RIBA TRIPAT, Cristina, “La prisión atenuada como alternativa al encierro provisional y la necesidad de prever una nueva modalidad de prisión preventiva por cargas familiares”, *Derecho y Proceso. Liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez* (Coords., Cachón Cadenas y Franco Arias), vol. II, Atelier, Barcelona, 2018, págs. 1709 a 1726.

50 Señalan las autoras que los efectos que el encarcelamiento del progenitor provoca en los hijos tienen diversa índole y variada magnitud, dependiendo de la situación en la que quede el menor. Tales efectos van desde: a) la interrupción de los lazos paterno-filia-

prisión preventiva en estos casos debe ser absolutamente excepcional; y a la hora de decretarla el juez debe valorar la repercusión que tal medida puede suponer al destinatario de la misma y a los demás miembros de su familia, especialmente, a los menores o dependientes a su cargo.

Por tanto, en estas situaciones, el juez deberá optar preferentemente por la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del investigado o por otras medidas cautelares no privativas de libertad previstas en nuestra legislación sobre libertad provisional y en el derecho comparado, tales como la prestación de fianza, la retención del pasaporte u otros documentos identificativos, el requerimiento de presentarse diariamente o cada cierto tiempo ante una autoridad judicial o policial, o restricciones para acudir a determinados lugares sin autorización o para aproximarse o comunicarse con ciertas personas. Y, como mal menor, cuando no sea posible la aplicación de alguna de estas medidas que no entrañan privación de libertad, la sujeción al proceso del investigado debe garantizarse mediante la privación de libertad en el domicilio; por lo que debe reformarse la LECrim para incluir este nuevo supuesto de prisión provisional atenuada que permita al progenitor investigado que está a cargo del cuidado de sus hijos seguir ejerciendo sus obligaciones parentales desde su propio domicilio, porque ello no solo es más respetuoso con los derechos del investigado, sino también con los derechos de sus hijos⁵¹.

3.2.2. Por razón del tratamiento de desintoxicación o deshabitación a sustancias estupefacientes del investigado o encausado

Con carácter novedoso, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, de 23 de noviembre, se introduce en el art. 508 LECrim un apdo. 2 que incorpora un nuevo supuesto en el que se puede atenuar el régimen de

les, con el consiguiente debilitamiento de los roles paternos lo que, a su vez, provocará dificultades para reconstruir tales relaciones una vez producida la excarcelación; b) acentuación de los problemas financieros que dificultarán, entre otras cuestiones, las visitas; c) estigmatización y aislamiento social, que se traduce, a menudo, en discriminación, bullying, estrés y soledad; d) problemas de salud y de comportamiento; e) mayor probabilidad de delinquir y de entrar en el sistema de justicia penal juvenil y, por ende, después en el sistema penal de adultos (vid., NAVARRO VILLANUEVA, Carmen y RIBA TRIPAT, Cristina, “La prisión atenuada como alternativa al encierro provisional...”, op. cit., pág. 1713).

⁵¹ Vid., NAVARRO VILLANUEVA, Carmen y RIBA TRIPAT, Cristina, “La prisión atenuada como alternativa al encierro provisional...”, op. cit., págs. 1722 a 1725.

la prisión provisional⁵². A tenor de este precepto, *“En los casos en los que el investigado o encausado se hallara sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabitación a sustancias estupefacientes y el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento, la medida de prisión provisional podrá ser sustituida por el ingreso en un centro oficial o de una organización legalmente reconocida para continuación del tratamiento, siempre que los hechos objeto del procedimiento sean anteriores a su inicio”*.

La dicción literal del referido precepto da a entender que tal posibilidad de acordar la prisión provisional atenuada queda limitada a los supuestos en los que el investigado o encausado está siguiendo un tratamiento de desintoxicación o deshabitación a *“sustancias estupefacientes”*, que, según el Diccionario de la Real Academia Española, son aquellas *“que alteran la sensibilidad y pueden producir efectos estimulantes, deprimentes, narcóticos o alucinógenos, y cuyo uso continuado crea adicción”*. Son sustancias cuyo uso está prohibido por la ley porque su utilización no tiene una finalidad médicamente sustentable, entre las que se encuentran la cocaína, la heroína, la marihuana y el LSD, entre otras⁵³. Esto significa que este régimen atenuado de la prisión preventiva se excluiría para el caso de los investigados o encausados que están sometidos a un tratamiento de deshabitación a otras sustancias tóxicas, pero que no tienen la consideración de estupefacientes, tales como el alcohol. Dicha exclusión ha sido criticada por la doctrina, toda vez que, tratándose de normas restrictivas de derechos fundamentales, debe hacerse una interpretación *“favor libertatis”*, por lo que no debería haber reparo en aplicar la prisión provisional atenuada a estos supuestos análogos⁵⁴.

Además, la aplicación de la prisión provisional atenuada queda sujeta en este caso a dos condicionantes. El primero es análogo al previsto para el caso de enfermedad del investigado, es decir, que el éxito del tratamiento de desintoxicación o deshabitación que se está siguiendo pueda frustrarse como consecuencia del ingreso en prisión, lo cual deberá ser acreditado por los responsables del mismo. Y, el segundo consiste en que los hechos objeto del

52 Vid., Disposición final primera, apdo. g) de la Ley Orgánica 15/2003, de 23 de noviembre.

53 A este respecto, vid. la *“Lista Amarilla”* de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, que recoge la Lista de estupefacientes sometidos a fiscalización internacional (http://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/Yellow_List/57th_edition/57th_edition_YL_SPA.pdf).

54 Vid., PORTAL MANRUBIA, José, *“La viabilidad de la prisión atenuada...”*, op. cit., pág. 4.

proceso penal deben ser anteriores al inicio del tratamiento, lo cual obedece a una doble idea: la primera es que, si los hechos delictivos se cometen cuando el sujeto ya está en tratamiento, sería una prueba de que la efectividad del mismo está siendo más que dudosa; y la segunda es que, en otro caso, se podría trasladar al investigado el mensaje de que, en caso de delinquir, recibiría un tratamiento cautelar más benigno por el simple hecho de estar sometido a un tratamiento de desintoxicación.

Finalmente, cabe señalar que en estos supuestos la medida cautelar privativa de libertad se cumplirá, no en el domicilio del investigado, sino en un centro oficial o de alguna organización legalmente reconocida que presten este tipo de tratamientos, lo cual, como señala PORTAL MANRUBIA, soluciona en parte la problemática que suele existir en la población toxicómana sobre la ausencia de residencia fija, que le impediría beneficiarse de este régimen atenuado⁵⁵. El investigado o encausado no podrá salir del centro sin la autorización del juez o tribunal que hubiera acordado la medida; y, durante su ingreso, los responsables del centro deben garantizar la aplicación al investigado de las medidas de contención que resulten procedentes.

4. RÉGIMEN DE CUMPLIMIENTO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL ATENUADA

De conformidad con el art. 508 LECrim, el régimen de cumplimiento de la prisión provisional atenuada dependerá de si la misma se adopta por razón de enfermedad del investigado o encausado, o por estar éste sometido a un tratamiento de desintoxicación o deshabituación a sustancias estupefacientes.

En el primer caso, el lugar de cumplimiento será el domicilio en que reside habitualmente el investigado, quien deberá comunicar inmediatamente al órgano jurisdiccional cualquier modificación del mismo. Y a estos efectos, apunta PORTAL MANRUBIA que se debe partir de un concepto amplio de domicilio, en el que tengan cabida las situaciones de aquellos investigados que residan transitoriamente en domicilios de parientes o amigos que les cuidan en su enfermedad; o el de ciudadanos extranjeros que debido a su enfermedad residen en hoteles o residencias en los que se les presta una atención especial⁵⁶. Además, pese al silencio del art. 508.1 LECrim, teniendo en cuen-

⁵⁵ PORTAL MANRUBIA, José, “La viabilidad de la prisión atenuada...”, op. cit., pág. 4.

⁵⁶ Vid., PORTAL MANRUBIA, José, “La viabilidad de la prisión atenuada...”, op. cit., pág. 4.

ta cual es el supuesto legitimador de la atenuación de la prisión preventiva, debe entenderse que, de ser necesario, también se podrá cumplir en un centro hospitalario, al menos durante los periodos en los que el tratamiento médico requiera el ingreso.

En este régimen, cualquier salida del domicilio debe ser autorizada por el juez o tribunal a cuya disposición está el investigado o encausado, la cual deberá justificarse por las necesidades del tratamiento de la enfermedad que padece, y sólo durante las horas necesarias para dicho tratamiento. Por tanto, queda excluida la autorización de salidas por otros motivos, como pueden ser los laborales.

Tanto la estancia en el domicilio como las salidas del mismo se efectuarán con *“las medidas de vigilancia que resulten necesarias”*. Esta cláusula genérica permite al juez echar mano de un amplio abanico de medidas, tales como la vigilancia policial permanente o mediante rondas periódicas, dando también cabida a los mecanismos de control electrónico, que posibilitan una vigilancia efectiva y a mucho menor coste que la vigilancia policial. Lo habitual es que el juez deje la determinación de las medidas de vigilancia a la decisión de las Fuerzas de Seguridad, sin establecer excesivas concreciones.

En el segundo caso, esto es, el de prisión provisional atenuada para no frustrar el tratamiento de deshabituación a sustancias estupefacientes a que está sometido el investigado, ésta se cumple mediante el ingreso en un centro oficial o en una organización legalmente reconocida, de carácter público o privado, que preste este tipo de tratamientos, en muchas ocasiones en virtud de planes concertados con los poderes públicos.

También en este supuesto están limitadas las salidas del centro, que requieren en todo caso de la autorización del juez o tribunal que ha acordado la medida; pero, *a priori*, no están legalmente restringidas a las necesidades de tratamiento de la adicción, sino que pueden obedecer a otros motivos.

Pese al silencio legal, durante la permanencia del investigado o encausado en el centro también se deberán adoptar las medidas de vigilancia que sean necesarias, que en este caso serán responsabilidad del propio centro y, en buena medida, dependerán del tipo y de las condiciones del tratamiento a que está sometido.

Por lo demás, cabe destacar que, por tratarse de una modalidad de cumplimiento de la prisión provisional, en ambos supuestos de prisión provisional atenuada, rigen las mismas reglas de la ordinaria en lo que respecta a sus límites temporales, cómputo de su duración y abono del tiempo cum-

plido a efectos de la eventual condena que se imponga al encausado en la sentencia.

Por ello, como regla general, la prisión provisional atenuada durará el tiempo indispensable para alcanzar los fines y evitar los riesgos que motivaron su adopción (los del art. 503 LECrim), y en tanto subsistan los motivos que la justificaron. Pero en ningún caso su duración podrá superar los plazos máximos fijados en el art. 504 LECrim, que hace una distinción en función de la duración de la pena que corresponde al delito que se imputa al sujeto pasivo de la medida. A saber, si la pena prevista es igual o inferior a 3 años de privación de libertad, la prisión provisional tendrá una duración máxima de 1 año, pudiendo ser prorrogada hasta 6 meses más; en cambio, si la pena prevista es superior a 3 años de privación de libertad, la prisión provisional puede mantenerse durante 2 años, pudiendo, en su caso, prorrogarse hasta 2 años más (art. 504.2.I LECrim). Además, la LECrim establece a este respecto dos reglas especiales: la primera, para el supuesto de que la prisión provisional se haya acordado con el fin de evitar la ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba, en cuyo caso no puede durar más de 6 meses (art. 504.3 LECrim); y, la segunda, para el caso de que ya se haya dictado sentencia condenatoria en el proceso penal en curso y el condenado recurra la sentencia, lo que permite prorrogar la prisión provisional hasta la mitad de la pena efectivamente impuesta (art. 504.2.II LECrim).

A su vez, a los efectos del cómputo de estos plazos máximos de duración de la prisión provisional, se debe tener en cuenta el tiempo que el investigado o encausado hubiese estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa; aunque se excluirá de dicho cómputo el tiempo en que la causa sufriere dilaciones no imputables a la Administración de Justicia (art. 504.5 LECrim).

Pero la puesta en libertad del preso preventivo por el transcurso de los plazos máximos legalmente previstos para la prisión provisional no impide que ésta se pueda acordar de nuevo si el investigado o encausado, sin motivo legítimo, deja de comparecer a cualquier llamamiento del juez o tribunal (art. 504.4 LECrim). Tal disposición ha sido cuestionada por la doctrina por su carácter impreciso, puesto que al no determinar cuánto tiempo puede durar esta nueva prisión provisional, podría acabar excediendo de la pena que al final se le imponga al encausado, lo cual no parece aceptable⁵⁷.

⁵⁷ Vid., ASENSIO MELLADO, José María, “Notas sobre la regulación de la prisión provisional...”, op. cit., pág. 18.

Como apuntamos, el tiempo de prisión provisional atenuada cumplido por el encausado será abonado en su totalidad a efectos del cumplimiento de la pena privativa de libertad que se le imponga en la sentencia (art. 58 CP). Y, a estos efectos, habrá de entenderse que cada día de prisión provisional atenuada equivale a uno de prisión⁵⁸, pues aquella, pese a su régimen atenuado, es una medida cautelar verdaderamente privativa de libertad⁵⁹.

En otro orden de cosas, la escueta regulación de la prisión provisional atenuada contenida en el art. 508 LECrim también suscita dudas sobre la posibilidad de acompañar a esta medida cautelar de otras limitaciones de los derechos del investigado (por ejemplo, si es posible restringir su derecho de comunicaciones o de visitas). Al respecto, tratándose de una modalidad de cumplimiento de la prisión provisional, entendemos que, pese al silencio legal, será posible acordar la prisión atenuada incomunicada en los mismos términos y condiciones previstos en los 509, 510 y 527 LECrim. Es decir, con carácter excepcional y de forma motivada, el juez o tribunal podrá acordar la prisión incomunicada cuando exista la *“necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o la necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal”* (art. 509.1 LECrim). Tal incomunicación puede comportar las restricciones o privaciones de derechos previstas en el art. 527.1 LECrim; y queda sujeta a las limitaciones temporales fijadas en el art. 509.2 LECrim.

Además, la expresión utilizada en el art. 508 LECrim, relativa a la adopción de *“las medidas de vigilancia que resulten necesarias”*, da a entender que la prisión provisional atenuada puede ir acompañada de la adopción de medidas, incluso restrictivas de derechos del investigado, que estén orientadas a su vigilancia y control, siempre que sean proporcionadas y se adopten con las debidas garantías⁶⁰.

58 Vid., DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “La nueva prisión atenuada domiciliaria...”, op. cit., pág. 11. En cambio, PORTAL MANRUBIA (“La viabilidad de la prisión atenuada...”, op. cit., pág. 5) se muestra partidario de establecer a estos efectos un cómputo distinto, considerando proporcional que cada dos días de prisión atenuada equivalgan a un día de reclusión en centro penitenciario.

59 Sobre el cómputo, a efectos del cumplimiento de la pena, del tiempo de internamiento en un centro de desintoxicación, vid., AAP de Salamanca, de 6 de noviembre de 2017 (JUR 2018/23655).

60 DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “La nueva prisión atenuada domiciliaria...”, op. cit., pág. 10.

También el art. 158.4 BACPP parecía apuntar en este sentido, al señalar que *“En el auto que acuerde la prisión atenuada se determinarán las concretas prohibiciones, permisos y medidas de seguridad adecuadas para su cumplimiento, haciendo compatible la finalidad cautelar de la medida con la causa que haya motivado la atenuación de la prisión”*.

Finalmente, también han generado controversia las consecuencias del quebrantamiento de la prisión provisional atenuada. Al respecto, conviene recordar que el art. 468.1 CP tipifica penalmente el quebrantamiento de *“condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia”*, fijando para dichas conductas una pena de prisión de seis meses a un año, si el autor estuviere privado de libertad; y una pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos. A su vez, el art. 468.3 LECrim, tipifica el no llevar consigo, inutilizar o perturbar el funcionamiento normal de los *“dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares”*, estableciendo para tales conductas una pena de multa de seis a doce meses. Pues bien, de la dicción literal de este precepto, en la medida en que no se puede cuestionar que la prisión provisional atenuada es una medida cautelar privativa de libertad, parece claro que el quebrantamiento de la misma debe llevar aparejada una pena privativa de libertad de seis meses a un año. No obstante, no parece entenderlo así la Fiscalía General del Estado, que ya en su *Instrucción 3/1999, de 7 de diciembre, acerca del alcance del artículo 468 del Código Penal en ciertos casos de quebrantamiento de una pena privativa de libertad* ha interpretado que tal pena de prisión no se debe aplicar cuando la pena o medida cautelar quebrantada, aun siendo privativa de libertad, se cumpla en régimen extracarcelario⁶¹.

5. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, conviene subrayar que la prisión provisional atenuada se configura en la actual legislación española como una modalidad de cumplimiento de la prisión provisional, teniendo reservado un ámbito de aplicación sumamente restrictivo, tanto por los supuestos en que se permite

61 Vid. *Instrucción 3/1999, de 7 de diciembre, acerca del alcance del artículo 468 del Código Penal en ciertos casos de quebrantamiento de una pena privativa de libertad* (https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ins03-1999.pdf?idFile=5e194d83-ba00-472a-9159-of1354a478do).

como por su régimen de cumplimiento. Por ello, en coherencia con el carácter excepcional de la prisión provisional y la tendencia de las legislaciones procesales modernas a potenciar las medidas cautelares alternativas a la misma, debiera configurarse la prisión provisional atenuada como una auténtica medida alternativa a la prisión provisional, ampliándose legalmente su ámbito de aplicación, de tal forma que los jueces pudieran acordarla en aquellos supuestos en que, resultando acreditada la necesidad de aplicar una medida privativa de libertad, se pudieran evitar los perjuicios que le reporta al investigado el ingreso en prisión, sin poner en riesgo el normal desarrollo del proceso y la efectividad de la eventual sentencia condenatoria. A ello pueden contribuir decisivamente los nuevos medios de control electrónico del investigado, que permiten paliar en buena medida la carencia de los recursos policiales necesarios para controlar su ejecución, así como su elevado coste.

En este sentido, nos parece acertada la tendencia apuntada por el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 que, si bien continúa configurando la prisión provisional atenuada como una modalidad excepcional de prisión provisional, y no como medida alternativa a la misma⁶², la regula de modo más claro y completo, tanto en lo relativo a sus presupuestos como a su régimen jurídico. Así, el art. 158.1 BACPP amplía los motivos que permiten al juez decantarse por esta modalidad de prisión preventiva, abarcando motivos de edad del investigado (ser mayor de setenta años) o la existencia de riesgos para su seguridad, que se añaden a los actuales motivos de enfermedad grave o necesidad de someterse a un tratamiento curativo o de rehabilitación.

Además, se mejora el régimen de cumplimiento por cuanto se permite que la prisión provisional atenuada se pueda cumplir, no solo en el propio domicilio del encausado, sino también *“en otro lugar, con consentimiento en su caso del morador”*, así como en un *“centro médico, psiquiátrico, de deshabi-*

62 Recordemos que el BACPP de 2013 dedica a las medidas cautelares el Libro III (arts. 147 a 238), que se estructura en tres Títulos. El primero (arts. 147 a 150) se dedica a las disposiciones generales sobre las medidas cautelares; en el segundo, se regulan las medidas cautelares personales, entre las que se incluyen, por este orden, la prisión preventiva (arts. 151 a 158), el internamiento en centro psiquiátrico (arts. 159 y 160), la detención (arts. 161 a 173), otras medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva (arts. 180 a 199) y las medidas cautelares personales aplicables a las personas jurídicas y otras entidades (art. 200). Por último, el Título tercero se dedica a las medidas cautelares reales. Pues bien, la prisión provisional atenuada está prevista en el art. 158, dentro del articulado dedicado a la prisión provisional, y no en los arts. 180 y ss. donde se regulan las alternativas a la prisión preventiva.

tuación o de educación especial, atendiendo al motivo de la atenuación” (art. 158.2 BCPP). Con todo, como apuntamos, el art. 158.3 BCPP denota el carácter excepcional de la prisión provisional atenuada frente a la ordinaria, pues dispone que este régimen atenuado *“se mantendrá mientras permanezca la causa que la motivó, acordándose por el tribunal el ingreso en prisión si se extinguiera dicha causa”*.

En cualquier caso, no podemos olvidar que la prisión provisional atenuada, pese a su régimen más beneficioso para el investigado o encausado, continúa siendo una medida cautelar privativa de libertad, y por tanto debe mantener su carácter excepcional y subsidiario. Este régimen atenuado no legitima para una aplicación extensiva de la misma, de modo que sólo se podrá acudir a ella cuando se constate la concurrencia de los presupuestos de la prisión provisional, debiendo optarse preferentemente por otras medidas cautelares no privativas de libertad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “La prisión atenuada como medida cautelar aplicable con carácter general y la vigencia de la Ley de 10 de septiembre de 1930”, *Diario La Ley*, núm. 6174, 24 de enero de 2005, Ref. 79/2005 (<https://laleydigital.laley.es/>) (Consultado el 07/03/2019).
- ASENCIO MELLADO, José María, “Notas sobre la regulación de la prisión provisional tras la reforma de 2003”, *Nuevos retos de la justicia penal* (Coords. Asencio Mellado, J.M^a y Fuentes Soriano, O.), *La Ley*, Madrid, 2008, Ref. 7961/2010 (<https://laleydigital.laley.es/>). (Consultado el 08/03/2019).
- BARRERA HERNÁNDEZ, Nicolás, “La reforma de la prisión provisional. Luces y sombras”, *Diario La Ley*, núm. 6325, 23 de Septiembre de 2005, Ref. 4510/2005 (<https://laleydigital.laley.es/>). (Consultado el 11/03/2019).
- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “La nueva prisión atenuada domiciliaria ¿una alternativa a la prisión provisional ordinaria?”, *Diario La Ley*, núm. 6148, 16 de diciembre de 2004, Ref. 2499/2004 (<https://laleydigital.laley.es/>). (Consultado el 07/03/2019).
- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “Medidas cautelares personales en supuestos de graves anomalías psíquicas”, *La Ley Penal*, num. 108, mayo-junio 2014.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Instrucción 3/1999, de 7 de diciembre, acerca del alcance del artículo 468 del Código Penal en ciertos casos de quebrantamiento de una pena privativa de libertad* (https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/inso3-1999.pdf?idFile=5e194d83-ba00-472a-9159-of1354a478do).
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, 2^a edic., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.
- GISBERT GISBERT, Antonio, “Reflexiones sobre la prisión provisional”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 76, cuarto trimestre 2004, págs. 1 a 30.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Cárcel electrónica versus prisión preventiva”, (https://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/Gudin_Prision_Preventiva.pdf) (Consultado el 12/03/2019).
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo, *La prisión provisional*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- LLEDÓ GONZÁLEZ, Carlos Luis, “Medidas cautelares a tomar en fase de instrucción respecto del enfermo mental presunto autor de una infracción penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1/2006.
- MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Penal* (con Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, 8^a edic., Valencia, 2017.
- NAVARRO VILLANUEVA, Carmen y RIBA TRIPAT, Cristina, “La prisión atenuada como alternativa al encierro provisional y la necesidad de prever una nueva modalidad de prisión preventiva por cargas familiares”, *Derecho y Proceso. Liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez* (Coords. Cachón Cadenas y Franco Arias), vol. II, Atelier, Barcelona, 2018.

NIETO GARCÍA, Ángel Juan, “La excarcelación de prisión por enfermedad: análisis de la situación para internos penados, preventivos y penados con prisión provisional”, *Diario La Ley*, núm. 7406, 20 de mayo de 2010, Ref. 2128/2010, (<https://laleydigital.laley.es/>). (Consultado el 19/02/2019).

PORTAL MANRUBIA, José, “La viabilidad de la prisión atenuada en el proceso penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2010, Ref. BIB 2010/1122 (<http://aranzadi.aranzadidigital.es/>). (Consultado el 01/03/2019).

RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento criminal. Séptima lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2004.

CAPÍTULO VII

LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA DEL DELITO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA JUSTICIA TERAPÉUTICA

Izaskun Porres García
Abogada. Mediadora

Marta Sánchez Recio
Fiscal de la Fiscalía Provincial de Gipuzkoa

Sumario: 1. LA IDEA DE PROTECCIÓN EN EL DELITO. 2. LA IDEA DE PROTECCIÓN EN LA SANCIÓN. 3. LA IDEA DE PROTECCIÓN EN EL PROCESO. 4. EL MINISTERIO FISCAL Y LA PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS. 5. LA TUTELA DE VÍCTIMAS PREPROCESAL. 6. EL FISCAL Y LA PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS EN LA LEY PENAL DEL MENOR. 7. LA FUNCIÓN PROTECTORA DEL FISCAL EN EL PROCESO PENAL DE ADULTOS. 8. LA FUNCIÓN TUTIVA DEL FISCAL EN EL CASO DE VÍCTIMAS MAYORES DE EDAD.

1. LA IDEA DE PROTECCIÓN EN EL DELITO

La protección de las víctimas desde la perspectiva de la Justicia terapéutica conlleva una redefinición del delito, de la sanción y del proceso.

Para la Justicia terapéutica la delimitación del delito no puede ceñirse a la infracción de la ley penal. De ser así, el campo de juego se circunscribe a los roles que juegan el Estado –que diseña las normas para delimitar el ámbito de lo prohibido– y las personas que invaden el territorio de lo prohibido –los infractores–. No hay espacio asignado para las personas que padecen el delito y, de esta manera, no hay terreno para la protección de las mismas. Por ello, se amplifican los efectos antiterapéuticos en la medida que se diluye el campo de lo humano al percibir al infractor como alguien que de facto deroga la vigencia de la prohibición inserta en la ley penal –no como alguien que, además, causa un daño injusto a otra u otras personas–, define la sanción como un instrumento específico de restablecimiento de la vigencia de la norma factualmente derogada –y no como un elemento de restauración del daño injusto causado a otra u otras personas–. La Justicia terapéutica, por ello, busca la integración de las víctimas en la definición del delito definiéndolo sustancialmente como una conducta que causa un daño injusto a otra u otras

personas a través de la infracción de la ley. De esta manera, pretende que el orden punitivo se edifique interiorizando como componente vertebral la cosmovisión de la realidad proveniente del elenco de personas que han sufrido la injusticia. Supone admitir que el delito es una conducta que limita, menoscaba, condiciona o trunca el proyecto vital de las víctimas. Conlleva reconocer, en definitiva, que la injusticia de las víctimas es el lugar de la justicia. En otras palabras: la injusticia por las víctimas padecida es el punto de partida de la justicia por los jueces buscada. Comprendida y vivenciada de esta manera, no se priva a las víctimas de esperanza en la justicia.

El Código Penal vigente (en adelante CP) ofrece una definición legal de infracción penal que orilla a las víctimas. La noción, contenida en el artículo 10¹, descansa en la existencia de un hecho que se ubica en la esfera de pertenencia jurídica del victimario (acciones y omisiones dolosas o imprudentes) y la presencia de una lesión o peligro de un interés jurídico tutelado por el Estado (penadas por la ley). El Estado, como representante institucional de la comunidad, y el victimario, como protagonista de un hecho que crea un peligro o lesiona un bien jurídico protegido, son los únicos referentes subjetivos a la hora de concebir el delito. Las víctimas quedan extramuros de lo “penalmente relevante”, enmarcadas en su condición de “sujetos pasivos” del delito y abocadas, en tal condición, a ser consideradas como personas ajenas al hecho que irrumpió en su recorrido existencial y condicionó, de forma más o menos importante, su decurso vital futuro.

La falta de referencia a las víctimas en el concepto de delito, siendo una omisión criticable, no autoriza a concluir que el principio de protección de las víctimas carece de presencia en la caracterización del injusto penal.

En el seno de las circunstancias atenuantes y agravantes, contenidas en los artículos 21 y 22 del Código Penal, existen referencias explícitas a los caracteres, condiciones o situaciones en que se despliega el hecho delictivo y menciones concretas a determinadas conductas postdelictivas del victimario. Estos preceptos anudan la intensidad de la respuesta jurídico-penal a las necesidades de tutela de las víctimas, lo que constituye una manifestación explícita del principio de protección de las víctimas, propio de la Justicia terapéutica.

Así, en determinadas ocasiones, el responsable del delito crea o, cuanto menos, se prevale de un contexto o de una relación que debilita de forma significativa los resortes de autoprotección de las víctimas. El diseño o aprovechamiento de contextos o relaciones dúctiles a la vulnerabilidad victimal

1 Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley.

justifica una protección penal especialmente vigorosa. De ahí la presencia de las circunstancias agravantes de alevosía (artículo 22.1^o CP), abuso de superioridad y aprovechamiento de circunstancias de lugar, tiempo o auxilio personal que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente (artículo 22.2^o CP) y abuso de confianza (artículo 22.6^o CP). En estos casos, desde la perspectiva de la protección victimal, estas agravantes: i) reflejan el empleo de medios específicamente utilizados para neutralizar la potencial defensa de la víctima (ataques sorpresivos o inopinados), ejemplo de vulnerabilidad relacional, o el ataque a personas que no tienen opción alguna de defensa (niños/as), expresión de una vulnerabilidad personal; o ii) denotan el empleo de una superioridad personal o instrumental o el prevalimiento de una interacción de confianza para victimizar (lo que constituye un ejemplo de vulnerabilidad relacional); o iii) manifiestan un empleo de contextos de tiempo y de lugar que favorecen la victimización, lo que conlleva una expresión de vulnerabilidad contextual. Por lo tanto, las circunstancias referidas introducen elementos de desvalor del hecho que se vinculan al daño adicional que se causa a las víctimas y que, por ello, incrementan la gravedad del injusto y, coetáneamente, justifican una mayor desaprobación del mismo.

Por otra parte, el responsable del delito, tras su comisión, puede realizar conductas que restablecen, aun parcialmente, la vigencia de la norma previamente infringida. Así: i) puede, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, confesar la infracción a las autoridades (artículo 21.4^a CP), facilitando de esta manera la labor del Estado centrado en la obtención de fuentes de prueba que permitan dilucidar la responsabilidad penal por la comisión del delito, ii) o puede haber reparado el daño causado a la víctima o disminuido sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto de juicio oral, restaurando, de esta manera, el daño injusto causado a las víctimas. En ambos casos, el responsable del delito ejecuta un *actus contrarius* en la medida que contrarresta el mensaje de desautorización de la vigencia de la norma que acompaña a todo delito lo que justifica que exista una menor necesidad de la pena².

Por lo tanto, en línea con los principios de la Justicia Terapéutica, la ley penal adecúa la intensidad de la tutela penal ofrecida a las necesidades de pro-

2 Tal y como la STS 791/2017, de 7 de diciembre, establece, la justificación de la devaluación de la pena radica en que parte del contenido de desaprobación del hecho que conlleva la imposición de la pena legalmente prevista está compensado por una actividad restaurativa del infractor.

tección de las víctimas, en atención a las circunstancias definidoras de la victimación sufrida. De ahí que despliegue el máximo nivel de protección cuando el hecho típico se ejecuta en contextos o situaciones de vulnerabilidad victimal y, por el contrario, se devalúe la necesidad de tutela cuando el victimario dinamiza conductas de evitación del daño o de mitigación o restauración del mismo.

2. LA IDEA DE PROTECCIÓN EN LA SANCIÓN

La ley penal como norma de protección, que es la perspectiva propia de la Justicia terapéutica, también tiene su expresión en el ámbito de las sanciones.

En el ámbito de las sanciones penales, el principio de protección de las víctimas exige atribuir a los remedios jurídicos un papel determinante en la consecución del máximo nivel de tutela de las víctimas. Las sanciones penales, entre otras finalidades, deben cumplir, respecto a las víctimas, una función preservadora y creadora.

La función preservadora exige que los criterios de selección y aplicación de las sanciones penales estén presididos por la necesidad de evitar nuevas situaciones victimizantes, actuando a modo de barrera de contención respecto de las fuentes de riesgo derivadas del comportamiento del victimario. Las decisiones adoptables en el plano judicial deben garantizar un espacio de seguridad vital para las víctimas.

La función creadora persigue la reconstrucción del contexto vital novado por el delito, posibilitando un orden convivencial nuevo sustentado en la comprensión por el victimario del significado del hecho victimizante en el proyecto vital de las víctimas³. Su finalidad no es la venganza, sino la resocialización que tiene lugar cuando el victimario vivencia el daño causado y desea que el hecho criminal no hubiera acaecido, ni para él ni para el otro, suturando, de esta forma, la escisión creada por el delito. Es la auténtica paz jurídica. Lo que el victimario ha des-hecho puede ser re-hecho por él. Con ello, se facilita la armónica simbiosis de la acción- reacción-creación.

El delito constituye una conducta que destruye una relación; tarea de la justicia es reconstruir, en la medida de lo posible esa relación. Un derecho animado por una cultura reconstructiva sustituiría el vínculo entre justicia y castigo al victimario por el de justicia y reparación de las víctimas.

3 SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés, “El proceso penal como encuentro víctima-victimario: Reflexión en torno al espacio judicial como escenario de encuentro hacia la reconciliación”, *Revista de Victimología*, nº 3, 2016, 121-139.

Dentro de las sanciones penales, el CP pergeña penas y medidas de seguridad que ora tratan de crear un escenario de seguridad vital para las víctimas (como las prohibiciones de acercamiento, comunicación y residencia), ora quieren involucrar al victimario en la comprensión de la significación que el hecho delictivo tuvo en las víctimas o su entorno a través de la realización de labores de reparación de los daños causados o el ofrecimiento de apoyo y asistencia a las víctimas (los trabajos en beneficio de la comunidad) ora tratan mitigar los riesgos de nueva victimación derivados de la peligrosidad criminal del victimario (medidas de seguridad). Todas ellas pretenden la protección de las víctimas potenciales mediante los efectos de prevención general, bien mediante la ratificación la vigencia de la ley penal como remedio útil para la tutela de bienes jurídicos (prevención positiva o integradora), bien mediante la disuasión de la realización de conductas ilícitas (prevención general negativa o intimidatoria).

3. LA IDEA DE PROTECCIÓN EN EL PROCESO

En el plano procesal, la perspectiva de la Justicia Terapéutica se anuda a la vigencia del estatuto de la víctima del delito que descansa, tal y como viene definido en el artículo 3 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito⁴, al reconocimiento del derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso.

Por lo tanto, la protección constituye uno de los elementos vertebrales del estatuto de la víctima del delito. Y, desde esta perspectiva, tiene pleno sentido, desde la óptica de la Justicia terapéutica, que el artículo 19 LEVD encomiende al Estado la adopción de las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para cumplir dos objetivos

4 Esta ley transpuso al ordenamiento jurídico español la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre. Un estudio general de la misma, GARCÍA RODRÍGUEZ; Manuel José, “El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva Europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su trasposición al Ordenamiento Jurídico Español”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-24, 2016, 1-84.

básicos respecto a las víctimas. i) la protección de su dignidad e intimidad en el curso del proceso judicial, evitando el riesgo de victimización secundaria; y ii) la neutralización del riesgo de revictimización, especialmente cuando se trata de la vida, integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexual. Por lo tanto, la protección víctimal- los efectos terapéuticos o antiterapéuticos respecto a la misma, en definitiva- se persigue tanto respecto a los riesgos extraprocesales –creación de un marco de seguridad que evite nuevas victimizaciones– como respecto los riesgos intraprocesales- elaboración de un escenario procedimental que excluya daños adicionales a quien ha sufrido una victimización–. Y para ello se diseña un triple estándar de protección (VILLACAMPA, 2015: 247 y ss.): básico, previsto para todas las víctimas (artículos 19 a 22 LEVD); reforzado, diseñado para las víctimas que, conforme a una evaluación individualizada, precisen una necesidad especial de protección (artículo 25 LEVD) e hiperreforzado, contemplado para las víctimas menores de edad y discapacitadas necesitadas de especial protección que precisen este nivel de tutela para evitar o limitar en la medida de lo posible que la celebración del juicio se convierta en una nueva fuente de perjuicios para ellas (artículo 26 LEVD).

El nivel de protección básico –el predicable para cualquier víctima de un ilícito penal– precisa un espacio procedimental caracterizado por las siguientes notas: i) acogida, garantizando que las dependencias en las que se desarrollen los actos del procedimiento penal estén dispuestas de modo que se evite el contacto directo entre las víctimas y sus familiares, de una parte, y el sospechoso de la infracción o el acusado, de otra (artículos 20 LEVD); ii) atención: que la declaración de las víctimas se efectúe cuando sea necesario, sin dilaciones injustificadas, y únicamente cuando sea estrictamente necesario (artículo 21 a y b LEVD); iii) acompañamiento: que las víctimas puedan estar acompañadas, además de por su representante procesal y en su caso el representante legal, por una persona de su elección (artículos 21.c) LEVD, 433 LECrim); iv) privacidad: acordando, si fuera preciso, la prohibición de la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección (artículo 22 LEVD, 301 bis y 681.2 a) LECrim), acordando, también si fuera preciso, la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares (artículo 22 LEVD, 301 bis y 681. 2 b) LECrim)

El nivel de protección reforzado está previsto para las víctimas precisa que precisen necesidades de tutela específica detectadas en la evaluación individual que tiene que efectuarse (artículo 23 LEVD) y contempla prestaciones adicionales en el ámbito de la: i) acogida, recibiendo declaración en dependencias especialmente concebidas o adaptadas a tal fin, o mediante la adopción de medidas específicas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos durante la práctica de la prueba, para lo cual podrá hacerse uso de tecnologías de la comunicación, o que garanticen que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas (artículos 25.1 a) y 25. 2. a y b LEVD y 707 LECrim); atención: que se les reciba declaración por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima, o con su ayuda, que sea efectuada por la misma persona y, se trata de delitos contra la libertad o indemnidad sexual por persona del mismo sexo de la víctima cuando lo solicite (artículo 25.1 b) , c) y d) LEVD); privacidad: que las preguntas relativas a la vida privada de la víctima se circunscriban a las que tienen relevancia para conocer datos informativos sobre el hecho delictivo⁵ (artículos 25.2. c) LEVD y 709 LECrim), que se acuerde la celebración de la vista sin presencia de público acordando que todos o alguno de los actos de las sesiones del juicio se celebren a puerta cerrada (artículo 25.2 d) y artículo 681.1 LECrim).

El nivel de protección hiperreforzado está previsto para las víctimas menores de edad y víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección⁶. Contempla prestaciones en el ámbito de: i) la atención⁷: que la declara-

5 Antes de la aprobación de la Ley 4/2015, la STS 767/2013, de 25 de septiembre, ya utilizó un criterio victimológico para validar la decisión judicial de evitar la formulación de preguntas a una víctima de un delito sexual que invadían de forma injustificada su intimidad.

6 Un examen general de la protección procesal de los menores de edad en el campo probatorio, VIGUER SOLER, Pedro Luis, “Estatuto de la víctima, protección del menor y prueba preconstituida”, *¿Es posible una justicia orientada a la personas?, Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 14, 49-81. En el campo específico del abuso sexual infantil, TAMARIT, Josep M/ ABAD GIL Judit/HERNÁNDEZ HIDALGO, Patricia, “Estudio cualitativo sobre las necesidades de las víctimas de abuso sexual infantil ante el sistema de justicia penal”, *La victimización sexual de menores de edad y la respuesta del sistema de justicia penal*, TAMARIT, Josep. M (coordinador), ed. B de f, Madrid, 2017, 201-246.

7 Unas pautas de actuación en esta materia, ECHEBURÚA, Enrique/SUBIJANA, Ignacio José, “Guía de buena práctica psicológica en el tratamiento judicial de los niños

ración pueda recibirse por medio de expertos (artículo 26.1 b) LEVD y 443 LECrim) y con el carácter de prueba anticipada⁸ mediante su grabación por medios audiovisuales (artículos 26.1 b) LEVD, 443 y 730 LECrim⁹); ii) privacidad: impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar su identificación directa o indirecta, de las circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares, (artículo 22 LEVD y 681.3 LECrim).

La idea de protección de las víctimas en el plano procesal, que integra uno de los postulados de la Justicia Terapéutica, tiene, por lo tanto, un sólido basamento normativo. En todo caso, su integración en una cultura organizacional con elevadas dosis de desafección e indiferencia respecto a las necesidades de las víctimas¹⁰, precisa de un cambio radical de cosmovisión en el sistema de justicia- que integre el ojo garantista que mira al acusado con el ojo protector que mira a la víctima- así como de un debido acompañamiento financiero que ubique en el ámbito de lo pretérito lo que constituye una realidad presente: a ausencia de inversión en política de justicia victimal¹¹.

abusados sexualmente”, *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 8, 733-749.

8 SUBIJANA, Ignacio José/ECHEBURÚA, Enrique, “Los menores víctimas de Abuso Sexual en el Proceso Judicial: el control de la victimización secundaria y las garantías jurídicas de los acusados”, *Anuario de Psicología Jurídica*, 2018, 22-27.

9 Sobre la aplicación del artículo 730 LECrim es muy interesante el debate suscitado en la STS 642/2015, de 29 de octubre en un supuesto en el que la víctima, de 20 años, nacional y residente en Estados Unidos, declaró en instrucción en la forma prevista en el artículo 448 LECrim. Es citada al juicio oral para prestar testimonio mediante videoconferencia internacional y, el día referido, comparece pero se niega de una forma taxativa a declarar nuevamente sobre los hechos. El Tribunal aplica el artículo 730 LECrim e introduce en el cuadro probatorio la declaración sumarial prestada por la afirmada víctima, en base a la cual condena. La STS, con un voto particular de dos de los cinco magistrados integrantes del Tribunal, estima inadecuada la aplicación del artículo 730 LECrim, razón por la cual casa la sentencia y absuelve al acusado.

10 VARONA, Gema, “Victimización secundaria, en particular en delitos contra la seguridad vial, sistemas de justicia y la creencia en seres mitológicos”, *¿Es posible una justicia orientada a la persona?*, *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 14, p. 250.

11 La disposición adicional segunda de la Ley 4/2015 regula los medios precisos para la aplicación de su contenido en los siguientes términos: las medidas incluidas en esta Ley no podrá suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal.

4. EL MINISTERIO FISCAL Y LA PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS

La función tuitiva del Fiscal respecto de las víctimas parte de su encuadre constitucional. Así, ya el artículo 124 CE consagra como misión la de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, ya sea de oficio o a petición de los interesados.

Con ello, la norma de mayor rango en nuestro ordenamiento jurídico, atribuye al Ministerio Fiscal la función de garante de los derechos de los perjudicados en el proceso penal, que es al que circunscribiremos nuestra exposición. A diferencia de la configuración del procedimiento penal en otros ejemplos del derecho comparado, donde el ejercicio de la acción civil se reserva a la jurisdicción correspondiente, obligando al perjudicado al consabido peregrinaje jurisdiccional, en el Derecho español es el Fiscal quien aúna tal ejercicio, lo que redunda en una mayor efectividad y comodidad de los perjudicados inmersos en procedimientos judiciales.

Descendiendo en el rango legislativo, los artículos 1 y 3.10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981 de 30 de diciembre, amén de reiterar el primero de ellos el texto constitucional, atribuye al Fiscal la función de velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas.

Si bien este es el marco legislativo del que parte la función protectora del Fiscal, en la creciente especialización implantada en esta Institución, en aras a optimizar el desempeño de su función, vio la luz la creación de la Fiscalía especialista en materia y protección y tutela de víctimas del proceso penal. De esta manera, se trata de hacer efectivo el principio de unidad de actuación en el ámbito de la función tuitiva de las víctimas, superando la visión del Ministerio Fiscal como simple acusador y asegurando la clara y puntual información de los derechos de la víctima a lo largo de la sustanciación del proceso e incluso en la ejecución.

Ello es consecuencia del reconocimiento por parte de los operadores jurídicos del impacto que produce la confrontación de la víctima con el proceso judicial, con el devenir de la instrucción y con el escenario en el que se desarrolla el juicio oral. Si bien tradicionalmente hemos atribuido valor probatorio a la víctima, lo hemos hecho a expensas de desvalorizarla en el plano personal, olvidando la intimidación a la que la misma pudiera verse sujeta como

consecuencia del hecho de declarar ante el órgano judicial y en presencia del letrado del investigado, que tratará de desvalorizar su testimonio, puesto que puede ser prueba de cargo bastante para destruir la presunción de inocencia. Piénsese en aquellos delitos en los que se busca la clandestinidad y la especial vulnerabilidad de la víctima para su comisión, como ocurre en los delitos contra la libertad sexual.

En el recorrido legislativo que sucintamente persigue realizar este trabajo, para un fiscal adquieren singular importancia las Instrucciones y Circulares dictadas en esta materia. Si bien las mismas carecen de naturaleza legislativa, su valor radica en la obligada observancia por parte de los miembros de la Institución. Ya en 2005 vio la luz una Instrucción que llamaba la atención sobre la llamada victimización secundaria, advirtiendo que la víctima no debería sufrir más daños al quedar sujeta al procedimiento penal. Antes al contrario, debería sentirse amparada y debidamente informada, debiendo cada Fiscalía sentirse concernida en la prestación de esta función tuitiva.

Durante mucho tiempo, nuestra ley procesal no distinguió la mayor o menor vulnerabilidad del sujeto pasivo del delito, tratándole como una fuente de prueba más, encontrando algún recurso de protección en la LO 19/1994 de 23 de diciembre de protección de testigos y peritos en causas criminales, hasta que vio la luz la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo este el punto de inflexión de una evolución que nos ha llevado al actual Estatuto de la Víctima.

La función protectora del fiscal irradia de manera distinta en el proceso penal de menores y en el proceso penal de adultos. No podía ser de otra manera si se tiene en cuenta la función preeminentemente educativa del primero, lo que obliga al fiscal a observar un mayor cuidado en el necesario equilibrio que ha de existir entre las partes inmersas en el proceso, por cuanto, siendo un menor el acusado, el perjudicado puede ser otro menor de edad, y la función más retributiva del segundo, lo que no obsta para que el Fiscal sea cuidadoso en la tutela de la víctima interviniente, desacostumbrada al entorno procesal.

5. LA TUTELA DE VÍCTIMAS PREPROCESAL

La reforma operada por Ley 24/2007 en el EOMF, en su art. 4, apartado sexto establece que “el Ministerio Fiscal, para el ejercicio de sus funciones, podrá establecer en las sedes de las Fiscalías Provinciales y en las que se con-

sidere necesario, centros de relación con las víctimas y perjudicados de las infracciones criminales cometidas en su circunscripción y por las que se sigue proceso penal en los Juzgados o Tribunales de la misma, con la finalidad de conocer los daños y perjuicios sufridos por ellas y para que aporten los documentos y demás pruebas de que dispongan para acreditar su naturaleza y alcance.”

Pues bien, dado que en la sede de cada Fiscalía resulta posible la apertura de Diligencias de Investigación con el objeto de indagar la comisión de una infracción penal, es posible hacer uso de tales puntos para dispensar a la víctimas la información que dispone el Estatuto de la Víctima, instando la Circular 4/2013 a los Fiscales a ser especialmente escrupulosos con dicho derecho de información cuando la investigación de un hecho delictivo sea dirigida desde la Fiscalía, pudiendo adoptarse en el seno de las referidas Diligencias medidas de protección de víctimas y testigos con arreglo a lo establecido en la Ley 19/1994

6. EL FISCAL Y LA PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS EN LA LEY PENAL DEL MENOR

Bien pudiera afirmarse que el proceso penal seguido contra un menor de edad se configura como el verdadero reino del Ministerio Fiscal por asumir la dirección del mismo desde el inicio. No obstante, lo cierto es que justo equilibrio a dicho monopolio vino representado por la inclusión de la acusación popular en el artículo 25 de la LORPM por la Disposición Adicional segunda de la LO 15/2003 de 25 de noviembre. De esta manera, se dio entrada a los perjudicados en un procedimiento cuyos fines prioritarios diferían del derecho penal de adultos, admitiendo el papel que debía darse a las víctimas dentro del mismo.

A salvo de la tímida regulación que de la mediación penal se ha recogido en el Código Penal vigente, en el ámbito de la LORPM ya contábamos con un instrumento, la llamada conciliación, que se ha querido mostrar como equivalente, si bien tal equiparación no existe.

De tal manera, el artículo 19. 1 prevé la posibilidad de desistir en el ejercicio de la acción penal para determinados delitos cuando 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.

Dice el mismo artículo que bastará con que el menor haya reconocido el daño causado y se disculpe ante la víctima, aceptando esta sus disculpas, entendiendo por reparación el simple compromiso asumido por el menor con la víctima o el perjudicado para realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad.

Decimos que no se puede equipar a la mediación que se da en el derecho penal de adultos, toda vez que el artículo prevé la posibilidad del desestimiento incluso cuando tales compromisos no se hubieran podido llevar a efecto, si bien por causas ajenas a la voluntad del menor, mientras que en el acuerdo alcanzado en mediación entre adultos se blinda incluso durante la ejecución, condicionando la suspensión de la misma a su efectivo cumplimiento, lo que redundaría en una mayor protección de la víctima en tal ámbito.

Pero ello no significa que la víctima en el proceso penal de menores resulte desprotegida. Tan solo que el equilibrio entre la función tuitiva y la educadora del menor resulta más complicada. Y ello, especialmente, cuando la víctima es menor de edad. De ahí el especial cuidado en los supuestos de acosos escolar, del que se hace eco la Instrucción 10/2005 de la FGE, dedicada a los supuestos de “bullying”. La experiencia demuestra que, en no pocos casos, la víctima menor que acude a unas dependencias policiales o la Sección de Menores de Fiscalía, está denunciando un hecho delictivo pero, al propio tiempo, está exteriorizando su confianza en que los mecanismos jurídicos de protección van a funcionar adecuadamente. Y el Fiscal representa una pieza clave a la hora de activar esa respuesta jurídica de salvaguarda y tutela.

Por eso, la Instrucción recuerda que, en estos casos, el esfuerzo del Fiscal debe redoblar, pues no se trata tan solo del genérico deber de proteger a las víctimas del que hemos hablado *ut supra* recogido en el artículo 3. 10 del Estatuto, puesto que a ello ha de unirse el deber específico de protección del menor (Instrucción de la FGE 7/2004).

El problema del acoso escolar se ha caracterizado hasta hace poco por ser un fenómeno oculto que siempre ha estado presente en las relaciones entre los menores, que ahora se ha visto agravado por el desarrollo de las nuevas tecnologías y las redes sociales. Antes, el menor podía sufrir acoso por determinadas personas y por un tiempo, que cuando terminaba, se acababa para él la situación de asfixia. Ahora no, en la medida en que el acoso escolar a través de las redes puede ser susceptible de producir mayores consecuencias psicológicas en el menor acosado (ciberbullying)

Frente a esta nueva modalidad en la comisión del delito, no resulta ade-

cuada la figura del desestimiento del artículo 18 LORPM aún cuando los hechos fueran leves (delito leve de amenazas, coacciones...) si es habitual o reiterado en el tiempo

Es importante tramitar estos asuntos mediante la puesta en contacto con el director del colegio o los responsables legales de los centros escolares afectados, a fin de comunicarles la existencia del expediente judicial, requerirles para que aporten los expedientes de bullying que tengan abiertos y las respuestas educativas que le hayan dado al mismo

Resulta especialmente recomendable la implementación de soluciones extrajudiciales frente a las manifestaciones de acoso que no sean graves (mediación, archivo del 27. 4) pero, en todo caso, en estos supuestos deberá transmitirse a los victimarios el mensaje claro y nítido de que cualquier otro rebrote será objeto de una respuesta más intensa.

Los menores acosados suelen encontrarse subjetivamente en una situación de total indefensión y desamparo. Frecuentemente pierden la capacidad de concentración en las explicaciones y en los estudios, pierden confianza en sí mismos y sus niveles de autoestima alcanzan cotas mínimas, generándoles incapacidad para poner fin por sí mismos a la situación, y para solicitar ayuda de los adultos. Estas probables afecciones deben condicionar el tratamiento que ha de darse a la víctima de acoso escolar, haciendo un esfuerzo a fin de que el menor comprenda su derecho a mostrarse parte en el procedimiento.

7. LA FUNCIÓN PROTECTORA DEL FISCAL EN EL PROCESO PENAL DE ADULTOS

El enfrentamiento de cualquier ciudadano contra el ejercicio del “ius puniendi” estatal, ejercido por el Fiscal en cada procedimiento implica reconocer un desequilibrio entre las partes actuantes, de donde nace el sistema de garantías reconocidas al encausado durante cada fase del procedimiento, culminando en la fase de juicio oral.

El derecho a un juicio público con todas sus garantías consagrado en el artículo 24. 2 CE se encauza en el derecho a la defensa y a la contradicción, de manera que el acusado pueda defenderse de la acusación, conociendo el material probatorio existente en el procedimiento, aportando aquellas diligencias de prueba que puedan contribuir a su descargo. La presencia, incluso física, del encausado durante la práctica de dichas diligencias, colisiona en ocasiones de forma manifiesta con la salvaguarda de las víctimas en el pro-

cedimiento. Ello, unido a la repetición de la misma declaración de la víctima ante las sucesivas instancias (policiales y judiciales) y en diversos momentos procesales, culmina, como hemos dicho, en la victimización secundaria o daño institucional causado a quien ya es víctima de un delito.

Quizá derivado del papel protector del Fiscal respecto de menores y personas especialmente vulnerables, la primera Circular que vio la luz en esta materia fue la 3/2009 de 10 de noviembre sobre protección de los menores víctimas y testigos.

En la misma ya se instaba a los Sres. Fiscales a eludir la repetición de las declaraciones de menores, prescindiendo de la declaración policial del menor en la medida de lo posible, especialmente en los supuestos de delitos contra la libertad sexual cuando el menor sea el sujeto pasivo del mismo. Asimismo, las causas sobre dichos delitos deberían recibir un trámite preferente, pues la recuperación de los menores no comienza hasta que el caso no está resuelto, siendo el objetivo prioritario la celeridad, debiendo los Fiscales redoblar esfuerzos en la remoción de obstáculos que pudieran ralentizar tales procedimientos.

Dicha Circular recordaba la importancia de la presencia del Fiscal en las exploraciones de menores, haciéndose eco de la STC 17/2006, que entendía que, si bien la LEC permitía celebrar las audiencias a menores sin asistencia de las partes, “tal exclusión no puede entenderse referida al Ministerio Fiscal, que interviene preceptivamente en el proceso de forma imparcial como defensor de la legalidad y de los derechos de los menores afectados, velando por la primacía del interés superior de estos, es necesario permitir su intervención efectiva en la exploración, a fin de que el Fiscal pueda personalmente oír e interrogar a los menores, para conocer si estos expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de medidas de protección de los menores que se estimen necesarias”. Y, continúa la Circular sentando, con buen criterio que, por otro lado, presenciar la declaración del menor en fase de instrucción puede proporcionar al Fiscal información privilegiada a la hora de decidir acerca de extremos tan trascendentes como si procede proponerlo como testigo para el acto del juicio oral o bien prescindir de él y en ese caso, acerca de si es necesario preconstituir la prueba, citar a testigos de referencia o interesar alguna diligencia sobre la credibilidad del testimonio. También servirá para calibrar si procede citarlo como testigo para el acto del juicio oral, el tipo de cautela a promover para evitar su revictimización. Igualmente podrá ser útil para, en su caso, valorar la procedencia del sobreseimiento”. En

materia de prueba preconstituida, resulta llamativa la STC de 7 de noviembre de 2011, que expone todo un elenco de argumentos en torno a la necesidad de que las víctimas menores de edad que han sido víctimas, pues conviene en que las víctimas viven “una auténtica ordalía”; ya que no se trata sólo de la obligación jurídica de recordar y narrar ante terceros las circunstancias de la agresión, sino también de la indebida reiteración con la que, a tal fin, es exigida su comparecencia en las diversas fases del procedimiento, recrudesciéndose tales circunstancias cuando la víctima es menor de edad.

Nuevamente, la problemática derivada de la protección a la víctima y el respeto al ejercicio del derecho a la defensa, obligan, según el Tribunal Constitucional, a tomar precauciones que doten de equilibrio el déficit de la defensa derivado de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el acto del juicio oral.¹²

En el supuesto concreto que examina el Tribunal Constitucional en la citada sentencia, decide otorgar el amparo, toda vez que la menor fue entrevistada, y dicha entrevista grabada en soporte audiovisual, en sede policial, sin la presencia del Fiscal ni representante alguno del demandante en amparo. En sede judicial, tampoco se citó al Fiscal ni al denunciado, aún cuando ya había sido identificado policialmente, sin poder dirigir a la menor, ya sea directa o indirectamente, pregunta alguna. La ausencia de la menor en el acto del juicio oral cercenó de manera definitiva el derecho de defensa del investigado, por lo que el TC declara vulnerado el derecho del declarante a un proceso público con todas las garantías.

12 “Como quiera que en los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos o su credibilidad (SSTEDH P.S. contra Alemania, § 30; W. contra Finlandia, § 47; D. contra Finlandia, § 44), el centro de atención recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor, y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral. En la delimitación precisa de cuales hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y garantizar un juicio con todas las garantías, resulta esclarecedor y relevante el canon fijado en la reciente STEDH de 28 de septiembre de 2010, Caso A.S. contra Finlandia, § 56 en la que señala “... quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior”. Son estas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, han de observarse.”

A la luz del contenido de las Circulares antes expuestas, siendo esta la función del Fiscal respecto de las víctimas menores de edad, siendo tradicional el papel del Fiscal en defensa de personas especialmente vulnerables, a mi juicio resulta poco entendible el escenario que se abre con la nueva redacción dada al artículo 433 LECRIM por la LO 4/2015 del Estatuto de la Víctima: “En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible.”

De acuerdo con ello, única y exclusivamente en los supuestos de falta de madurez que, además, pudiera causar grave perjuicio al menor, será llamado el Fiscal a presenciar la exploración del mismo en la fase instructora del proceso penal. A mi juicio, ello supone una merma de la función tuitiva del Fiscal apuntalada por los textos legislativos, las Circulares y la práctica diaria, pues atribuye en exclusiva al órgano instructor valorar la citada falta de madurez, pudiendo el Fiscal disentir de la dicha valoración, o entendiendo necesaria su presencia en la exploración aún cuando el menor tuviera suficiente madurez cuando, por ejemplo, se encontrare en una situación de conflicto de intereses con alguno de sus progenitores.

Quizá la desafortunada redacción del artículo, que en su primer inciso usa el término “podrá”, mientras que en el segundo atribuye al instructor la posibilidad de “excluir o limitar la presencia de las partes”, pudiera llevar a un escenario, en algunos Juzgados de Instrucción, en los que el instructor excluyera la presencia del Fiscal en la exploración de un menor.

Posiblemente, la interpretación más adecuada de dicho artículo, teniendo en cuenta la cultura jurídica construida sobre la función protectora del Fiscal respecto de los menores de edad nos llevare a pensar que, tratándose de la única parte imparcial y objetiva del procedimiento que tiene, por mandato constitucional y legal, atribuida la función tuitiva de las víctimas, no podrá impedirse en ningún caso la presencia de un Fiscal en la exploración llevada a cabo por un menor durante la instrucción. Otra cuestión será la intervención

potestativa, cuestión a valorar no solo por el instructor, si no también por el propio fiscal asignado al procedimiento, pues es responsabilidad también del Ministerio Fiscal, que es sobre quien ha gravitado hasta ahora tal responsabilidad, examinar si el menor está dotado de la suficiente madurez, cualquiera que sea su edad, y si va a sufrir algún perjuicio por ello.

De lo que sí cabe felicitarse es de que el citado artículo, a raíz de la reforma operada por el Estatuto, prevea que “El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.” La Circular 3/2009 establecía que, frente a lo propugnado por algún sector doctrinal, no se han establecido justificaciones específicas para la preconstitución de la testifical de un menor de edad. Esto no obstante, una interpretación teleológica de las causas generales previstas en los artículos 448 y 777 LECrim, tamizada por los principios generales que informan la LOPJM, debe llevar a admitir como presupuesto justificante el caso de los menores que por razón de su corta edad o de su especial vulnerabilidad estén en riesgo de sufrir un grave daño psicológico de verse obligados a comparecer de nuevo como testigos en el acto del juicio oral.

Para que esta probabilidad de sufrir grave daño psicológico se baraje en la decisión de prescindir de la ratificación del testimonio del menor en el acto del juicio oral, debe estar debidamente acreditada en la causa, a través del correspondiente informe pericial o de cualquier otro medio probatorio (STS 332/2006, de 4 de marzo). También podrá acudirse a la preconstitución probatoria y correlativamente habrán de abstenerse los Fiscales de citar a juicio oral a los testigos menores cuando los mismos tengan tan corta edad.

La finalidad de la prueba preconstituida era doble: proteger al menor y salvaguardar la fuente de prueba. Parece claro que las dilaciones inherentes a cualquier procedimiento judicial, unidas a la resiliencia de los menores, redundarán en la degradación de su testimonio en el acto del juicio oral. No obstante, no estaba a salvo de obstáculos derivados de la necesidad de salvaguardar el derecho a la defensa y la contradicción del investigado en la fase de instrucción. De ahí que se aludiera al uso de biombo, videoconferencia, espejos unidireccionales...

A la posibilidad de recoger tal prueba en soporte audiovisual apuntaba la citada Circular en los siguientes términos: En efecto, se prevé como posible la grabación de la declaración. Las Sras/Sres. Fiscales interesarán este modo específico de documentación siempre que resulte plausible la eventualidad de que el menor no pueda declarar en el acto del juicio oral o cuando con los datos ya recabados pueda sostenerse que el grado de victimización secundaria

del menor es especialmente intenso y perjudicial si se le impone la obligación de asistir al juicio como testigo.

Si con anterioridad a la citación para declarar se ha solicitado la elaboración de un informe psicológico sobre el menor será muy importante el interés que se pronuncie sobre si el mismo puede declarar, sobre los hechos sin riesgo para su equilibrio psicológico y, en caso positivo, sobre las cautelas que se consideran necesarias o convenientes”.

En el marco internacional, tal posibilidad encontró su precedente en La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de junio de 2005 (caso «Pupino») que declaró que los artículos 2, 3 y 8, apartado 4, de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, han de interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional ha de poder autorizar que niños de corta edad que alegan haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta. El órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Decisión Marco.

El hecho de que se recoja en el artículo 433 LECRIM dicha posibilidad y además con carácter imperativo, (“ordenará”) no puede sino recibir una buena acogida, al poner los medios materiales de la Administración de Justicia en marcha para evitar la revictimización de menores de edad afectados por la infracción penal.

Si, pese a cuanto hemos señalado, se considerase imprescindible la declaración de la víctima en el juicio oral, siempre será posible acceder a alguna de las posibilidades de protección que dispensa la Ley Orgánica 19/1994 de Protección a las Víctimas, bien sea evitando la confrontación visual, bien excepcionando la publicidad de las sesiones del juicio oral¹³.

13 STS 18 de diciembre de 2001: “La necesidad de proteger a las víctimas de los delitos y, en otros casos, a testigos en quienes concurren especiales circunstancias de riesgo, al tiempo que se favorece su colaboración con la justicia, ha llevado a considerar la supresión de todas o algunas de esas circunstancias de identificación, presencia física y confrontación del testigo con el acusado, permitiendo al Tribunal en el juicio oral acordar la adopción de medidas de protección que pueden consistir en la utilización de cualquier procedimiento que imposibilite la identificación visual normal, al amparo de lo previsto en el art. 4 LO. 19/1994, de 23 de diciembre EDL 1994/19059 (protección a testigos y peritos en causas criminales), en relación con el art. 2 b) de la misma ley. Aunque la víctima no sea

vista por el acusado, si es perfectamente vista por el letrado de la defensa que la interroga y conoce, al igual que el acusado, su nombre, apellidos, y demás circunstancias, tienen conocimiento de todos los datos del art. 436 LECrim. EDL 1882/1, y, en consecuencia, no se produce indefensión (cfr. TS. 2ª 28 de noviembre de 1997 EDJ 1997/9931).

Para adoptar la medida de impedir la visualización del testimonio de un testigo en el acto del juicio oral por parte del acusado a que hace referencia el art. 2 b) LO 19/1994, de 23 de diciembre EDL 1994/19059, es necesario que el Tribunal motive razonadamente su decisión, pero si la medida se acordara en el acto del juicio oral, tal motivación es bastante con que se refleje en la propia acta del juicio oral, con la amplitud que requiera la situación de peligro. En el caso debatido, el Tribunal sentenciador ha motivado, aunque sea sucintamente, la razón de la medida adoptada “para preservar los derechos y la privacidad de la testigo”.

STSJ Madrid de 30 de julio de 2013: “En las STS 673/2007 de 19-7 EDJ 2007/100821 en un caso de colocación de biombo en el juicio oral cuando declararon dos menores para evitar su confrontación directa con el acusado, se desestima la pretensión de la vulneración de derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, tras recordar la legislación sobre la materia -LO 19/94 de 23-12, de protección de testigos y peritos en causas criminales - arts. 2.b-, Ley 35/95 de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos violentos y contra la Libertad sexual EDL 1995/16607 (art. 15-3 y 3); LO 1/96 de 15-1, de Protección Jurídica del Menor, art. 13.3 y 17 EDL 1996/13744 ; párrafo 2 art. 707 LECr. EDL 1882/1, introducción por LO 14/94 de 9 EDL 1994/16077- 6, párrafo último, redactado por LO 8/2006, de 4-12; art. 325 LECr. EDL 1882/1 redacción LO 13/2003, de 24-10; y art. 229 LOPJ EDL 1985/8754, reforma LO 18/2003, de 24-12, y recoger la jurisprudencia de esta Sala, STS 8-7-94 que examinó el caso de un testigo que declaró en el juicio desde el umbral de la puerta de acceso a los estrados de la Sala de vistas, lugar donde podría ser visto por el Tribunal, por el Ministerio Fiscal y por los letrados defensores de los acusados, así como ser oído por todos los presentes en la Sala. La prueba se practicó de este modo, con la protesta de los letrados defensores y esta Sala aunque afirmó que es claro que hubo una restricción del principio de publicidad, estimó correcta procesalmente la decisión del Tribunal, ya que quedaron debidamente respetados los principios de oralidad, contradicción, defensa e intermediación al haberse permitido a todas las partes su interrogatorio, por lo que no hubo indefensión, ni desigualdad en el trato procesal de las partes, ni lesión del derecho a la prueba ni tampoco del relativo a un proceso con todas las garantías (arts. 14 y 24 CE. EDL 1978/3879).

Dicha línea jurisprudencial fue ratificada en SSTS. 24.6.97 EDJ 1997/5549 y 9.3.99 EDJ 1999/809 , referidas a testificales con “biombo”. La primera indicando que hay que expresar las razones de la decisión permisiva de tal medio de protección por auto o incluso verbalmente en el acto del juicio oral; y la segunda, porque se aseguró “el interrogatorio cruzado, que constituye la esencia del debate entre las partes a lo largo del juicio oral” y aunque se dice que no se entra en la mayor o menor fuerza justificativa de las razones esgrimidas en la sentencia recurrida, esta Sala analizó el caso y las consideró suficien-

8. LA FUNCIÓN TUITIVA DEL FISCAL EN EL CASO DE VÍCTIMAS MAYORES DE EDAD

Tratándose de un adulto, parece que la mejor manera de proteger a los mismos es mediante la información. Es decir, la aridez del lenguaje y la naturaleza hostil del procedimiento heterocompositivo intimidan al ciudadano medio, por más que haya cumplido sobradamente la mayoría de edad.

De ahí la carga de informar a las víctimas, lo que deberá hacerse en atención a la vulnerabilidad inherente a cada una de ellas (extranjeros en tránsito o turismo en nuestro país) y a aquella en que le haya dejado el propio hecho delictivo (piénsese en delitos contra la vida e integridad física o psíquica, delitos contra la libertad, contra la libertad sexual, delitos de terrorismo...). Ello supone dispensar información, desde las Fiscalías, sobre la localización de los Servicios de Atención a las Víctimas y cualesquiera otros servicios asistenciales.

Una vez iniciado el procedimiento, corresponde al fiscal encargado de cada asunto velar por el correcto cumplimiento del trámite de ofrecimiento de acciones, realizado muchas veces en un momento embrionario de la instrucción, en el que ha transcurrido un escaso lapso de tiempo entre la comisión del hecho delictivo y la declaración testifical de la víctima, siendo más que posible que la misma se encuentre abrumada en un escenario tan desconocido como ajeno cuál es el de un juzgado en servicio de guardia.

Por la misma finalidad tuitiva de la víctima y conservadora de la fuente de prueba, se deberá instar la realización de pruebas preconstituidas, tratando de evitar citaciones y declaraciones reiterativas, así como la confrontación visual de la víctima con el investigado.

En relación con esto último, cabe señalar el equilibrio, aún más frágil si

tes, aplicando la conocida técnica de la “motivación complementaria”. Otra modalidad de testimonio oculto fue el contemplado en la STS. 26.6.2000 EDJ 2000/14514, producido mediante circuito cerrado de televisión, a fin de contrarrestar los principios psicológicos que necesariamente sufriría un menor, ante los nuevos peritos designados por la defensa, ante el “trago” de revivir el desgraciado suceso que acabó con la vida de su madre y de su hermana. Declaración producida en una Sala contigua a la de vistas, fuera de la presencia del Tribunal del Jurado y del propio acusado y en la que se encontraban además del menor, el Presidente, el Ministerio Fiscal, Secretario y los letrados acusador y defensor, lo que permitió ser vista y oída, por lo que a pesar de su excepcionalidad, supuso salvar en lo esencial, los principios de oralidad, publicidad y contradicción procesal, y en consecuencia, se consideró prueba válida.

cabe, entre la tutela de la víctima y el derecho a la tutela judicial defectiva del encartado en un proceso, derivado de evidente valor como prueba de cargo que cabe atribuir a la víctima. Al efecto, la SAP de Tarragona de 23 de octubre de 2008¹⁴, deniega la colocación del biombo, haciendo ceder la protección de la víctima en aras a obtener una mayor certeza de su declaración. No solo de lo que manifestare, si no de la manera en que lo hiciera estando el acusado presente, a la vista, en la misma sala, siendo el objeto de enjuiciamiento un delito contra la libertad sexual.

Resulta especialmente reveladora la previsión interna de que, en aquellos casos en los que el fiscal se disponga a solicitar el sobreseimiento de un procedimiento en el que la víctima no estuviera personada, tratándose de un delito de especial gravedad, el fiscal procure contactar con la víctima a fin de asegurarse de que las instrucciones resultan efectivamente agotadas, no existiendo más diligencias que practicar.

En el propio acto del juicio oral, se insta a los señores fiscales a informar a las víctimas de los términos en los que la conformidad haya sido alcanzada, así como de las razones por las que, en su caso, se haya suspendido el juicio oral. Ello resulta conforme con la necesidad de dar a la víctima la importancia y el protagonismo que requiere en el juicio oral, pues no puede ser vista tan solo como fuente de prueba, siendo quien ha padecido los efectos del delito, por lo que, la buena praxis y el verdadero significado de servicio público que representa la función de Fiscal obliga a comunicar de forma comprensible tanto la terminación como cualquier contingencia que hubiera sufrido el procedimiento penal.

14 “La Sala ha desestimado la petición interesada por la acusación pública, considerando que, atendida la limitación de la publicidad externa, así como las medidas de protección adoptadas para el acceso de la víctima al Palacio Judicial, y la asistencia personal del Equipo de Atención a la Víctima, queda salvaguardado de forma suficiente el sentimiento de seguridad de la testigo a la hora de prestar su testimonio, y por otro lado, atendiendo a que la víctima y el acusado eran ya conocidos con anterioridad a los hechos, según consta en el relato acusatorio, de nada serviría situar a la testigo fuera del campo visual del acusado, resultando además preciso para valorar la interacción visual de ambos, las posibles reacciones de testigo y acusado a lo largo de la declaración testifical, aspectos relativos a la inmediatez que cobran especial relevancia atendida la naturaleza de los hechos enjuiciados”.

CAPÍTULO VIII

LA PRUEBA PERICIAL PSICOLÓGICA EN VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO CON ENFOQUE DE JUSTICIA TERAPÉUTICA

Ramón Arce Fernández
Catedrático de Psicología jurídica y Forense
Universidad de Santiago de Compostela

Francisca Fariña Rivera
Catedrática de Psicología Básica y Psicología Jurídica del Menor
Universidad de Vigo

Mercedes Novo Pérez
Profesora Titular de Psicología Jurídica
Universidad de Santiago de Compostela

Dolores Seijo Martínez
Profesora Titular de Psicología Jurídica
Universidad de Santiago de Compostela

Sumario: 1. CONSECUENCIAS DE LA VICTIMIZACIÓN POR VIOLENCIA DE GÉNERO. 2. LA PRUEBA PERICIAL PSICOLÓGICA. 2.1. Justicia Terapéutica. 2.2. El Sistema de Evaluación Global (SEG). 3. CONSIDERACIONES FINALES. REFERENCIAS.

1. CONSECUENCIAS DE LA VICTIMIZACIÓN POR VIOLENCIA DE GÉNERO

La violencia sobre la mujer conlleva graves consecuencias negativas a nivel físico y psicoemocional, afectando a sus capacidades en todos los ámbitos de su vida (Chiesa et al., 2018; Novo, Herbón, y Amado, 2016; Simmons, Knight y Menard, 2018; Stylianou, 2018; Vilariño, Amado, Vázquez y Arce, 2018; Wathen, MacGregor y MacQuarrie, 2016). A nivel físico, entre las consecuencias físicas directas de la violencia, se encuentran diversas lesiones, destacando especialmente las producidas en la zona de la cabeza, cara y cuello (Wu, Huff y Bhandari, 2010), si bien también son frecuentes en otras partes del cuerpo (Eaton et al., 2016). A largo plazo, cabe destacar diversos desórdenes relacionados

con el sistema gastrointestinal (Black, 2011, Leserman y Drossman, 2007), padecimiento de dolor crónico (Humphreys, Cooper y Miaskowski, 2011; Wuest et al., 2008), problemas cardiovasculares (Vives-Cases et al., 2010) y problemas genitourinarios (Bonomi et al., 2009; Eaton et al., 2016). Asimismo, se ha comprobado también que este tipo de violencia afecta a la salud reproductiva, dando lugar a diversos tipos de lesiones, así como a embarazos no deseados, abortos espontáneos (Akyüz, Yavan, Sahiner y Kilic, 2012) y complicaciones en el embarazo y parto (Hill, Pallitto, McCleary-Sills y García-Moreno, 2016). Por otro lado, numerosas investigaciones evidencian las consecuencias de la violencia de género a nivel psicoemocional. En las víctimas del maltrato suele aparecer sintomatología depresiva (Labrador et al., 2010) y sentimientos de culpabilidad; trastornos somatoformos tales como la somatización, la conversión o la hipocondría (Osuna, 2009); trastornos disociativos como un mecanismo de defensa para minimizar el daño o alejar la experiencia traumática, posibilitando dividir la experiencia física de la agresión de la experiencia cognitiva de estar siendo agredida, siendo los más frecuentes la amnesia disociativa y el trastorno de identidad disociativo (Osuna, 2009); trastornos sexuales, destacando los trastornos por disfunción sexual, del tipo de deseo sexual hipoactivo, aversión al sexo, trastornos orgásmicos, trastornos sexuales por dolor, dispareunia o vaginismo; trastornos alimenticios, siendo habituales las alteraciones alimenticias, generalmente las de tipo bulímico (Osuna, 2009); trastornos del consumo de sustancias; y trastornos de ansiedad, entre los que cabe destacar, como trastorno de referencia, el Trastorno por Estrés Postraumático (TEPT) (Coker, Weston, Creson, Justice y Blakeney, 2005; Labrador, Fernández-Velasco y Rincón, 2010; Vilariño, Arce y Quintero, 2011).

El TEPT es el principal daño derivado de este tipo de victimización (Bownes, O'Forman y Sayers, 1991). La sintomatología que configura este trastorno es reactiva a un determinado evento estresante y, por consiguiente, fácilmente asociada al mismo, siendo considerado como trastorno primario en las víctimas (p.e., Bryant y Harvey, 1995; Taylor y Koch, 1995), frente a otros trastornos secundarios ya mencionados como la depresión, inadaptación social o disfunciones sexuales (v. gr., Echeburúa, Corral, Sarasua y Zubizarreta, 1998; Esbec, 2000). En la actual edición del DSM-V, el TEPT es definido de acuerdo a los siguientes criterios diagnósticos (APA, 2013):

A) La persona ha estado expuesta a un acontecimiento caracterizado por muertes, amenazas de muerte o violencia sexual en uno (o más) de los siguientes modos:

- 1) Experimentación directa de eventos traumáticos.
- 2) Testigo, en persona, de eventos traumáticos que les suceden a otros.
- 3) Conocimiento de eventos traumáticos que les sucedieron a familiares o amigos cercanos. En aquellos casos en los que los familiares o amigos hayan muerto o experimentado eventos cercanos a la muerte, éstos deben haber sido violentos o accidentales.

4) Exposición repetida o extrema a pormenores aversivos de eventos traumáticos (e.g., servicios de emergencia reuniendo restos humanos; policías expuestos continuamente a casos de abuso de menores).

B) Presencia de uno (o más) de los siguientes síntomas intrusivos asociados al evento traumático (de inicio posterior al acontecimiento del evento traumático):

1) Recuerdos recurrentes, involuntarios e intrusivos del evento traumático, que provocan malestar.

2) Sueños de carácter recurrente relacionados en contenido o afecto con el evento traumático, que producen malestar.

3) Reacciones disociativas (e.g., flashbacks) en las que la persona actúa o siente que los hechos traumáticos están sucediendo de nuevo (estas reacciones pueden producirse a lo largo de un continuum, en el que la forma más extrema de expresión sería perder la noción de lo que está sucediendo en el presente).

4) Malestar psicológico intenso o prolongado al exponerse a estímulos internos o externos que simbolizan o recuerdan un aspecto del acontecimiento traumático.

5) Respuestas fisiológicas acusadas al exponerse a estímulos internos o externos que simbolicen o recuerden un aspecto del acontecimiento traumático.

C) Evitación persistente de estímulos asociados con el evento traumático, de inicio posterior a la exposición al evento traumático, tal y como indica uno (ambos) de los siguientes síntomas:

1) Evitación o esfuerzos para evitar pensamientos, recuerdos o sentimientos que provocan malestar sobre, o estrechamente relacionados con, el suceso traumático.

2) Evitación o esfuerzos para evitar estímulos externos (personas, lugares, conversaciones, actividades, objetos o situaciones) asociados con el evento traumático que provoquen recuerdos, pensamientos o sentimientos desagradables.

D) Alteraciones negativas en las cogniciones y emociones asociadas al

evento traumático, de inicio posterior (o empeoramiento) al evento traumático, tal y como indican dos (o más) de los siguientes síntomas:

- 1) Incapacidad para recordar un aspecto importante del trauma.
- 2) Creencias o expectativas persistentes y exageradamente negativas sobre uno mismo, sobre los demás o sobre el mundo.
- 3) Cogniciones persistentes y distorsionadas sobre las causas o consecuencias del evento traumático que llevan a la persona a culparse a sí misma o a los demás.
- 4) Estado emocional negativo persistente.
- 5) Reducción acusada del interés o la participación en actividades significativas.
- 6) Sensación de desapego o enajenación frente a los demás.
- 7) Incapacidad persistente para experimentar emociones positivas.

E) Alteraciones acusadas de la activación (arousal y reactividad) asociada con el evento traumático, de inicio posterior (o empeoramiento) al evento traumático, tal y como indican dos (o más) de los siguientes síntomas:

- 1) Irritabilidad o ataques de ira, que generalmente se expresan en agresiones físicas o verbales a personas u objetos.
- 2) Comportamiento imprudente o autodestructivo.
- 3) Hipervigilancia.
- 4) Respuestas exageradas o de sobresalto.
- 5) Dificultades para concentrarse.
- 6) Dificultades para conciliar y mantener el sueño.

F) Estas alteraciones (síntomas de los criterios B, C, D y E) se prolongan más de un mes.

G) Estas alteraciones provocan malestar clínicamente significativo y deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo.

H) Estas alteraciones no son atribuibles a los efectos psicológicos de una sustancia (p.ej., medicación, alcohol) u otra enfermedad.

Cuando la víctima de violencia de género toma contacto con el sistema de justicia, las consecuencias que el propio delito conlleva se pueden agravar. Tal y como postula el paradigma de Justicia Terapéutica (TJ), la Ley y su aplicación, puede producir consecuencias en los usuarios del sistema legal, con resultados positivos o negativos para su vida emocional y bienestar psicológico (Wexler y Winick, 1996; Winick y Wexler, 2003); todos los operadores jurídicos deben actuar para que en la víctima estas resulten lo más benéficas y saludables. En este capítulo nos centraremos en la labor del psicólogo forense y en la obtención de la prueba pericial psicológica con perspectiva de TJ.

2. LA PRUEBA PERICIAL PSICOLÓGICA

La prueba pericial psicológica resulta de gran relevancia en los delitos que acontecen en el ámbito o esfera privada, tales como la violencia de género, ya que, en estos casos, las pruebas centrales suelen ceñirse a la evaluación y testimonio de la denunciante. En un estudio de sentencias judiciales, Novo y Seijo (2010), constataron que las pruebas médico-forenses de evaluación del daño físico, y las psicológicas del daño psicológico y de la credibilidad del testimonio, constituían las pruebas de cargo fundamentales en estos delitos. La violencia de género se suele restringir al ámbito privado, lo que limita la presencia de testigos presenciales; asimismo, es posible que no consten pruebas documentales como partes médicos o que incluso la propia violencia ejercida no implique agresiones físicas tales como el maltrato psicológico. Es más, podrían incorporarse evidencias biológicas como la presencia de semen o determinados daños físicos en las áreas genitales. No obstante, el mero reconocimiento por parte del imputado de la existencia de una relación sexual consentida, limitaría en su caso de forma considerable el valor de las pruebas biológicas aportadas (Arce, 2017).

Desde la Psicología forense se han desarrollado distintos procedimientos fundamentados en el análisis de contenido de la declaración. Algunos de estos procedimientos gozan de reconocimiento legal, tal es el caso del SVA, cuyas evaluaciones son aceptadas como prueba en algunas cortes norteamericanas y en varios países del norte de Europa como Suecia, Alemania y Holanda (Bensi, Gambetti, Nori y Giusberti, 2009) y, de manera más próxima, en España. Entre estas técnicas contamos con el Statement Reality Analysis (SRA; Undeutsch, 1988); el Reality Monitoring (RM; Johnson y Raye, 1981) en la versión ampliada por Sporer (1997); y el Statement Validity Assessment (SVA; Steller y Boychuk, 1992). Por otra parte, también se dispone de técnicas que combinan el estudio de la declaración con la medida del daño psicológico consecuencia del hecho delictivo, como es el Sistema de Evaluación Global de Arce y Fariña (2006, 2007, 2009; Fariña, Vilariño, y Amado, 2014; Fariña, Arce, Vilariño, y Novo, 2014; Amado, Arce, Fariña, y Vilariño, 2016), del que nos ocuparemos más adelante.

Diferentes autores han puesto de manifiesto que el contexto de la entrevista incide en las personas entrevistadas (v.gr., Bull, 2013; Fisher y Geiselman, 2010; Holmberg, Christianson y Wexler, 2007; Kieckhaefer, Vallano, y Schreiber, 2013; Vrij, Mann, y Fisher, 2006). Un estudio de Langballe y

Schultz (2017) constató que más de una de cada cuatro entrevistas sobre un evento traumático puede ser estresante para ellas. Este hallazgo refuerza a quienes se cuestionan la necesidad de someter a las víctimas o denunciantes a la prueba pericial psicológica, por atribuir a la misma efectos iatrogénicos, así como a todo el procedimiento judicial (Orth, 2002). Esto puede producirse en algunas situaciones, especialmente en las entrevistas policiales, aunque también en las periciales dependiendo de qué procedimientos y técnicas se utilicen y de cómo se apliquen, pero no puede generalizarse a todo tipo de entrevistas ni a todo tipo de intervención judicial. Por el contrario, se ha demostrado que el sistema judicial puede contribuir a mejorar la salud mental y calidad de vida de la víctima (Bennett y Goodman, 2010) y a un proceso de empoderamiento psicológico (Bennett y Goodman, 2010; Belknap y Sullivan, 2003; Zweig y Burt, 2003), y al bienestar emocional (Madsen y Holmberg, 2015). Así, de manera particular la intervención del /la psicólogo/a forense desempeña un papel fundamental, ya que la pericial psicológica por sí misma puede resultar enormemente terapéutica (Allan y Allan, 2000; Pennebaker, 1993), en especial cuando se practica con orientación de Justicia Terapéutica.

2. 1. Justicia Terapéutica

El impacto de la Ley y la aplicación de la misma, como ya se ha recogido previamente, pueden ser terapéuticos o antiterapéuticos, aunque siempre en su propósito debería estar el ser terapéutico (Wexler y Winick, 1996; Winick y Wexler, 2003). A nuestro entender, de manera especial en las personas que han sufrido un delito, pudiendo destacar aquellas que el victimario es alguien con el que la víctima mantiene lazos afectivos y emocionales, y de quien espera un trato positivo y reforzante y, sin embargo, obtiene maltrato y daño, como sucede en la violencia de género.

La TJ, como se puede intuir por su denominación, y como se establece en otros capítulos de este libro, estudia el papel que desempeña la Ley y la aplicación de la misma en el proceso legal como agente terapéutico. El término terapéutico es intencionalmente amplio, lo que sugiere la consideración de cualquier forma en que el sistema pueda afectar el bienestar psicológico de los usuarios de la Justicia (Fariña, Seijo, Arce y Vázquez, 2017; Hartley, 2003; Wexler, 1992; Winick, 1997). De este modo, la TJ introduce en el Derecho, como constructo relevante, el bienestar emocional del justiciable. Es importante considerar que la experiencia de una víctima de violencia de género en

el sistema judicial puede ser tan trascendental o incluso más que el resultado de la sentencia (Bennett y Goodman, 2010; Fleury-Steiner, Bybee, Sullivan, Belknap y Melton, 2006; Ptacek, 1999). De esta forma, puede resultar iatrogénica o balsámica y con capacidad para empoderar a la víctima (Cattaneo y Chapman, 2010) tanto en el proceso como en el resultado (Zimmerman, 2010). El empoderamiento de la víctima además de relacionarse con el nivel de satisfacción de las víctimas con el sistema, parece tener un efecto medible en la salud mental y el bienestar emocional de estas (Bennett y Goodman, 2010).

Si bien son los decisores judiciales, jueces y magistrados, los que disponen de más capacidad para desplegar la práctica de TJ, esta puede ser aplicada por todos los operadores jurídicos, y quienes lo hacen, se convierten en agentes terapéuticos. Así, el psicólogo forense, en casos de denuncia de violencia de género, dispone de la oportunidad de apoyar al sistema legal ofreciendo un informe pericial riguroso sobre el testimonio de la denunciante o víctima; a la vez que actuar como agente terapéutico, que no de terapeuta.

Dentro de la labor del psicólogo forense está el recabar la declaración de la víctima, para lo que se utiliza la entrevista como herramienta principal. Langballe, y Schultz (2017), en cuanto al tipo de entrevista que pueden utilizar los policías distinguen entre dos tipos, humanista y dominante; *mutatis mutandis*, que es aplicable al perito forense. En la dominante, las personas entrevistadas, en este caso las víctimas, consideran las entrevistas como una experiencia negativa, y asumen que no se les está prestando consideración o atención, y con frecuencia omiten información. Por el contrario, en la humanista el resultado para las víctimas es positivo. La actitud de quien entrevista se caracteriza por la atención y la preocupación, la escucha activa, la empatía, la simpatía, la ayuda y el respeto, logrando no sólo que la persona entrevistada aporte más información, sino que también se sienta bien tratada. Dentro de este tipo de entrevista se encuadraría la entrevista cognitiva (Fisher y Gieselman, 1992). En general, promueve el uso de preguntas abiertas sin interrupción durante las respuestas de quien declara, permitiéndole narrar en un entorno no coercitivo. Su objetivo principal es incrementar la información recuperada, por lo que con ella se genera significativamente más datos y detalles que una entrevista estándar Köhken (1995). Pero además de facilitar el recuerdo, promueve una mejor salud psicológica y bienestar en las víctimas (Fisher y Geiselman, 2010). Estas, como tales pueden sentir una pérdida de control sobre sus vidas; y también pueden experimentar una sen-

sación de incapacidad, al sentirse responsable de sus propias desgracias, y ansiedad por miedo a no ser capaz de hacer una buena narración durante la entrevista. Finalmente, pueden experimentar sentimientos de indignación por haber sido victimizados y necesitan compartir esos sentimientos con otra persona que pueda entender su situación (Fisher y Geiselman, 2010). De esta manera, la potencialidad terapéutica de la entrevista cognitiva podría estar vinculada a que produce menor ansiedad en la persona entrevistada (Fisher y Geiselman, 2010), minimizando la posibilidad de experimentar estrés agudo durante la recuperación de la información, y, por lo tanto, inhibe menos el recuerdo. Además, a través de sus instrucciones, inclusive el restablecimiento del contexto emocional permite recuperar más recuerdos y con más detalle de las experiencias traumáticas pasadas (Shepherd, Mortimer, Turner y Watson, 1999), lo que minimiza la percepción de ineficacia en la víctima; a la par que ayuda a expresar las emociones; esto último, aun cuando se trata de eventos traumáticos, se ha demostrado que tienen efecto positivo sobre la salud mental (Murray y Segal, 1994). A este respecto, Langballe y Schultz (2017) describen en su artículo como una niña afirmó, tras ser entrevistada mediante entrevista cognitiva “Realmente me sentí bien, sacándolo todo. Es horrible decir eso, pero fue un gran alivio darles todos los detalles. No podría decirles esas cosas a otros” (p. 66), es decir, se sintió aliviada, provocando en ella un efecto terapéutico. Por último, y no menos importante, la entrevista cognitiva potencia la sensación de la víctima de poder recuperar el control de los recuerdos, en lugar de que los recuerdos la controlen a ella (Dodier y Otgaar, 2019). No se nos puede escapar que una de las consecuencias posibles de las vivencias traumáticas es el estrés postraumático, descrito anteriormente, donde los recuerdos recurrentes, involuntarios e intrusivos del evento traumático son altamente frecuentes, provocando en la víctima un terrible malestar.

A pesar del indiscutible valor de la entrevista cognitiva, esta presenta ciertas limitaciones (Arce, Novo y Alfaro, 2000), entre ellas, y tal vez la más importante, facilita la introducción de detalles incorrectos (Köhken, 1995). Esto ha dado lugar a que se desarrollaran técnicas robustas, que, si bien emplean la entrevista cognitiva para la obtención de la declaración, introducen otros mecanismos de control, entre ellas, el Sistema de Evaluación Global (SEG), del que nos ocupamos a continuación.

2.2. El Sistema de Evaluación Global (SEG)

El SEG se estructura en torno a 10 fases que se detallan a continuación: obtención de la declaración; repetición de la declaración; contraste de las declaraciones hechas a lo largo del procedimiento; análisis del contenido de las declaraciones; análisis de la fiabilidad de las medidas; medida de las consecuencias clínicas del hecho traumático; evaluación de la declaración de los actores implicados; análisis de las características psicológicas de los actores implicados; e implicaciones para la presentación del informe.

a) Obtención de la declaración. Las declaraciones se obtienen por medio de la *Entrevista Cognitiva* (Fisher y Geiselman, 1992) [se descarta la *Entrevista Cognitiva Mejorada* porque incluye una fase de interrogatorio que puede derivar en daño al testigo, la contaminación de la prueba, al tiempo que no está ligado a la manifestación de criterios de contenidos de memorias de hechos vividos y no aporta un relato más preciso o calidad; Davis, McMahon y Greenwood, 2005; Köhnken, Milne, Memon y Bull, 1999; Memon, Meissner y Fraser, 2010] y de ser necesario, por darse discapacidad intelectual en la víctima, se emplea la *Entrevista Forense a Discapacitados* (Arce, Novo, y Alfaro, 2000). La pertinencia de la entrevista cognitiva para la evaluación forense e investigativa no se sustenta únicamente en la superioridad en términos de producción y su potencial terapéutico, ya explicado, sino también en que la aplicación de la misma no está limitada a la reproducción de un suceso de episodio único, ya que permite extender su utilización para recordar hechos que ocurren o se han observado frecuentemente de una manera similar (Mantwill, Köhnken, y Ascherman, 1995), se puede aplicar en series repetidas (Memon, Wark, Bull y Köhnken, 1997), esto es, posibilita someter a prueba la persistencia en el testimonio/incriminación; y favorece la manifestación de los criterios de contenido (Vrij, 2005). Por su parte, para la evaluación de declaración sobre los efectos en la salud mental de la denunciante se aplica la *Entrevista Clínico-Forense* (Arce y Fariña, 2001).

b) Repetición de la obtención de la declaración. En los protocolos al uso (SVA, SRA, RM), generalmente, se obtiene una única declaración. Ahora bien, con una única medida se pierde la posibilidad de análisis de la consistencia de la declaración en el tiempo. En otras palabras, no se da entrada a uno de los modos de contraste de la validez de la información: la consistencia temporal o intratestigo (Wicker, 1975). Asimismo, la doctrina legal ha perfilado la fiabilidad de un testimonio en función de los criterios de oportunidad (oportunidad para observar, etc.), sesgo (control de los posibles intereses), consistencia tempo-

ral, plausibilidad, consistencia inter-testigos y crédito (Hastie, Penrod y Pennington, 1986). En suma, tanto la metodología científica como la doctrina legal demandan más de una declaración para el estudio de la consistencia temporal. Al respecto, se ha encontrado que la repetición de la entrevista en formato de discurso libre, como las incluidas en el SEG, no contamina el contenido (v.gr., Memon et al., 1997), tal y como ocurre en los protocolos de obtención de la declaración anteriormente mencionados. En la primera medida no se procede al interrogatorio, esto es, sólo se acude a la reinstauración de contextos, recuerdo libre, cambio de perspectiva y recuerdo en orden inverso. El interrogatorio subsiguiente se deja para la segunda medida a fin de no contaminar la memoria de eventos. De una segunda medida se obtiene un análisis de la consistencia que, siguiendo una hipótesis de Undeutsch (1967, p. 125), debe entenderse en función de la centralidad perifera del material que entra en contradicción. Así, señala que sólo es relevante la contradicción si afecta a detalles centrales para la acción de juicio. La inconsistencia en la información periférica o la omisión de cierta información sólo es importante si es trascendente para la construcción de un evento verdadero. Para dar cabida a las interferencias (teoría de la interferencia del olvido), a la entrada de nueva información (hipótesis constructiva del olvido) y a la curva del olvido, el tiempo a transcurrir entre entrevista se estima en superior a 1 semana. Son tres las hipótesis básicas que se postulan. Primera, al tratarse de un evento vital estresante el efecto del desuso será menor (referido al testimonio de víctima y agresor, y contiguo a los hechos). Segunda, una teoría de racionalidad por parte del mentiroso que se plasma en que la mentira es planificada, aprendida y, por extensión, consistente en el tiempo con lo que no estará mediada por interferencias e información post-suceso (hipótesis constructiva). Para ello, es imprescindible obtener la primera declaración en formato de discurso libre sin ningún interrogatorio porque a través de éste entraría información post-suceso que el sujeto acomodaría a la nueva reconstrucción. El interrogatorio sólo procedería tras la obtención en discurso libre de la segunda declaración. Tercera, el sujeto que dice verdad narra imágenes con lo que la descripción de los hechos aún siendo muy semejante, será de construcción distinta al no responder a esquemas episódicos. En suma y en formato de recuerdo libre, la declaración verdadera será menos consistente y aunque el evento sea el mismo, la narración será significativamente distinta tanto en su recuperación como en el contenido (omisiones, elicitación de eventos distintos a los hechos, pero relacionados con ellos, inconsistencia en información periférica,

recuperación de nueva información poco relevante para los hechos). Por su parte, el sujeto mentiroso narra historias aprendidas guiadas por un esquema episódico.

c) Estudio de la motivación. El análisis de la motivación se deriva de tres etapas: contraste de las declaraciones hechas a lo largo del proceso judicial; el contexto de la demanda original, y los motivos/intereses para presentar una denuncia falsa. Para este análisis es necesario recabar todas las declaraciones del procedimiento judicial. Es preciso tener en cuenta el valor de éstas es relativo, ya que muchas de ellas son transcripciones de lo que el denunciante ha dicho con lo cual no reproducen fehacientemente lo testificado. Además, el tipo de interrogatorio puede mediatizar la respuesta. Asimismo, nuestra experiencia nos advierte sistemáticamente que los denunciantes no refieren todos los hechos objeto de la denuncia. Por ejemplo, las agresiones sexuales, la privación económica e incluso muchos episodios ilícitos no son recogidos en las denuncias. Por otro lado, las declaraciones suelen incluir expresiones (v.gr., me violó, pegó), no narraciones de hechos (esto es, un evento narrativo de los hechos) con lo que no se puede contrastar su fiabilidad y validez, ni, en ocasiones, conocer del alcance de los daños. Como señala Arce (2017), la tarea forense no es de investigación (*fact finder*), que corresponde a policías, jueces y tribunales, sino de validación, en su caso, de la memoria del testigo, como propia de hechos vividos (prueba indiciaria). Para el estudio de la motivación, el análisis del contexto en el que se produce la denuncia original es de sumo interés. Mikkelsen, Guthel y Emens (1992) previenen sobre lo que denominan *efectos perversos del sistema* que relacionan con las ventajas económicas, legales y sociales ligadas a algunas denuncias.

d) Análisis de la validez de las declaraciones. Con anterioridad al análisis de la realidad de la declaración es necesario establecer si ésta es una prueba suficiente para tal estudio, dado que los análisis de la realidad del testimonio requieren de una declaración extensa (Köhnken, 2004). Con el fin de cotejar si la *Prueba es (in)suficiente* el forense ha de plantearse las siguientes cuestiones ¿supera la capacidad de memoria del testigo? ¿contiene toda la información necesaria de los hechos?). La declaración para que pueda someterse a un análisis de la realidad de la misma ha de tener suficiente amplitud, esto es, contener un evento narrativo completo de los hechos. Sólo cuando la prueba resulta suficiente y válida se procede con el análisis de la realidad. Para cotejar si la *Prueba es (in)válida* el perito o forense ha de responder a las siguientes cuestiones:

- 1) (In)consistencia interna (¿tiene contradicciones internas en el relato?) (In)

consistencia externa (¿es consistente con otras pruebas robustas o incontrovertibles?).

2) (In)consistente con la anterior (¿hay consistencia en la información central inter-declaraciones?).

3) Persistencia en las declaraciones (¿son estables las declaraciones en el tiempo en los contextos?).

4) (In)consistencia con las leyes científicas y de la naturaleza (¿contiene el relato hechos incompatibles con las leyes científicas o de la naturaleza?).

Si la prueba es válida y suficiente para un análisis de la realidad se pasa a éste, pero de no ser válida o suficiente se detiene el análisis. En cualquier caso, de la desestimación de la prueba por ser insuficiente o inválida para la práctica de la prueba psicológico forense no se puede inferir que sea falsa, además de no implicar que de validez legal.

5) Análisis de la realidad de las declaraciones. Los protocolos de análisis de contenido basados en categorías que discriminan entre memoria de lo percibido (real) y lo imaginado (no real) fueron creados, en principio, para el testimonio de menores víctimas de agresiones sexuales, pero son igualmente efectivos con adultos (Akehurst, Köhnken y Höfer, 2001; Amado, Arce, Fariña, 2015; Amado, Arce, Fariña y Vilariño, 2016; Arce, Fariña y Vivero, 2007; Landry y Brigham, 1992; Oberlader et al., 2016; Sporer, 2004; Vilariño, Novo, y Seijo, 2011; 1999; Zaparniuk, Yuille y Taylor, 1995), en secuencias de medidas, y en otros casos diferentes a la agresión sexual (Arce, Fariña y Freire, 2002; Sporer, 1997; Porter y Yuille, 1996). Además, la combinación de los sistemas de análisis de la realidad no sólo es posible, sino que se ha observado que pueden mejorar los resultados en la discriminación entre lo percibido y lo imaginado (Sporer, 1997, 2004; Vrij, 2008).

e) Análisis de la fiabilidad de las medidas. En la práctica forense además de contar con procedimientos científicamente fiables y válidos, también ha de garantizarse la fiabilidad de la medida concreta del objeto pericial. Para ello, nos apoyamos en la estimación de la consistencia inter- e intra-medidas, inter-evaluadores e inter-contextos (Weick, 1985). La fiabilidad inter-contexto se obtiene recurriendo a un evaluador entrenado que haya sido efectivo y consistente en otros contextos previos, o sea, en evaluaciones forenses anteriores. El recurso a dos evaluadores con, al menos, uno de ellos entrenado y fiable en evaluaciones anteriores, que ejecuten la tarea por separado posibilita obtener una aproximación a la consistencia inter-evaluadores e inter-contextos. Como herramienta estadística de análisis de la consistencia inter-evaluadores se propone la kappa

de Cohen para las evaluaciones categóricas y la correlación intraclase para las multinomiales (aquellas categorías en que se registra el número de veces, tal como “detalles superfluos”). La consistencia inter-e intra-medidas viene de la mano de la consistencia interna de las medidas (p.e. las escalas de validez del MMPI, de las declaraciones en el tiempo o del estudio de las estrategias de simulación en la entrevista clínica), de la consistencia entre distintas medidas (v.gr., concordancia entre MMPI y entrevista clínica, entre los análisis de contenido de las declaraciones) así como de la consistencia, esto es, complementación o no (verbigracia, una presenta indicios de veracidad y la otra de falsedad o están ausentes) de las evaluaciones obtenidas del presunto agresor y la presunta víctima.

f) Medida de las consecuencias clínicas del hecho traumático. Se basa en un procedimiento multimétodo que se ha mostrado efectivo en el control de la simulación en muy diversos contextos (p.ej., violencia de género, enajenación mental, daño moral, acoso moral, agresiones sexuales) mediante la combinación de dos métodos distintos de obtención de la información: Una tarea de reconocimiento y una tarea de conocimiento. Particularmente, esta técnica se ha mostrado efectiva en la discriminación entre daño psicológico real y simulado asociado a la victimización de violencia de género (Arce, Fariña, Carballal y Novo, 2009; Arce, Fariña y Vilariño, 2015; Fariña, Redondo, Seijo y Arce, 2017; Vilariño, Arce y Fariña, 2013).

El Trastorno por Estrés Postraumático es considerado la medida primaria del daño psicológico en casos de violencia de género, esto es, representa la huella psíquica esperable. Dado que nos encontramos dentro de un contexto judicial, se ha de establecer de forma inequívoca una relación de causalidad entre el delito y los síntomas psicológicos detectados en la víctima. Este requisito dificulta la evaluación forense en los casos de violencia de género, debido a la concurrencia de múltiples factores que pueden afectar la salud mental de la persona evaluada (p.e., ruptura de pareja, problemas económicos graves, desestructuración social, etc.). De este modo, además de evaluar el estado clínico de la víctima, se debe establecer una relación causa efecto entre la sintomatología registrada y el delito. De los diversos trastornos mentales clasificados en los tratados internacionales de enfermedades mentales de referencia, la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) y el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM), el TEPT (cuando el patrón de síntomas limita su duración de 3 días a 1 mes, se llama Trastorno de Estrés Agudo; y cuando el factor estresante no está entre los incluidos en el Criterio A del TEPT, se denomina Trastorno Adaptativo o de

Adaptación) es el único que se ajusta al requisito de la causalidad (el evento traumático es el evento investigado), al tiempo que es un trastorno sistemáticamente comórbido con todo tipo de evento delictivo, incluida la violencia de género, y otros trastornos (Bargai, Ben-Shakhar y Shalev, 2007; Brown, Campbell, Lehman, Grisham y Mancill, 2001; Bryant y Harvey, 1995; Chivers-Wilson, 2006; Orcutt, Ericsson y Wolfe, 2004; Vilariño, Fariña y Arce, 2009). Otros trastornos no se pueden considerar, en ausencia de un TEPT, como una secuela del evento investigado (hecho traumático) (O'Donnell, Creamer, Bryant, Schnyder, y Shalev, 2006).

Por lo tanto, desde la psicología forense sólo podemos hablar de daño psicológico consecuencia de la violencia de género cuando se verifica en la víctima la presencia de este trastorno, que puede acompañarse de otros síntomas o patologías comórbidas, pero que carecen, por sí solas, de entidad suficiente para considerarlas daño psicológico, al no posibilitar el establecimiento de una relación de causalidad delito-daño. No obstante, el hecho de no registrar en la víctima el padecimiento del TEPT, no implica que esta no haya sido víctima, sino que simplemente no ha desarrollado la patología y que, por consiguiente, la victimación no ha dejado una huella psicológica que pueda sustanciarse en una prueba judicial. De facto, de acuerdo con la literatura (p.e., Echeburúa y Corral, 1998; Vilariño, Arce y Quintero, 2011, no todas las víctimas de violencia de género desarrollan el TEPT. En todo caso, hemos de tener presentes las siguientes limitaciones: a) no toda agresión produce un Trastorno por Estrés Postraumático; b) la no presencia del TEPT no implica que la agresión no sea cierta; y c) es necesario que el forense también evalúe la realidad del testimonio para poder establecer la relación causa-efecto.

g) Evaluación de la declaración de los actores implicados. La técnica fue creada inicialmente para la evaluación del testimonio de la supuesta víctima. Sin embargo, el mismo procedimiento de análisis de contenido de las declaraciones también es susceptible aplicación al supuesto agresor, lo que permite llevar a cabo un análisis de las dos versiones. El procedimiento de justicia inquisitorial, como es el nuestro, permite esta doble confrontación, no así un sistema de adversarios. Con este procedimiento permite estimar la validación convergente de los datos.

h) Análisis de las características psicológicas de los actores implicados. El estudio de las características psicológicas del acusado puede ser de suma trascendencia ya que en él podemos encontrar las claves explicativas de la agresión o cualquier enfermedad mental con implicaciones jurídicas relevantes.

En este contexto, la hipótesis a sospechar generalmente es la simulación de enajenación mental para el hemos concretado un protocolo de evaluación forense (Arce, Pampillón y Fariña, 2002). En relación al denunciante, siempre se evalúan las capacidades cognitivas y salud mental para conocer cómo éstas afectan la capacidad para testimoniar y ser objeto de la evaluación psicológico-forense. Por último, se evaluará cualquier otra área psicológica que se demande desde el juzgado, tal como la cuantificación del daño causado [ver en Arce y Fariña (2007) un método de cuantificación y de evaluación forense] o evaluación del riesgo de violencia/peligrosidad [ver en Andrés-Pueyo y Echeburúa (2010) instrumentos y aplicación]. Por lo que se refiere a la demanda de perfiles (p.e., agresor, víctima, pedófilo), el perito/forense ha de tener presente que no son prueba de ello (la presencia de características propias del perfil no implica causalidad o realidad para el caso a enjuiciar), sólo aportan información complementaria.

i) Implicaciones para la presentación del informe. El sistema de la credibilidad de las declaraciones en 5 categorías de respuesta, tal y como se recoge en el SVA (sistema de validez que se aplica junto con los criterios de realidad del CBCA), no se ajusta a las necesidades del sistema judicial. Así, concluir con una valoración de 4 que una declaración es “real” en una escala de 1 a 5, donde 3 es “ni real, ni irreal”, establece mayor incertidumbre que certeza ya que está tan cerca de la alta probabilidad de realidad (5), como de la mayor de las incertidumbres (3). No obstante, toda medida, y muy especialmente la psicológica, está sujeta a error, por lo que ha de constar en el informe de evaluación, pero absteniéndose de establecer grados de certeza. De este modo, las categorías que se proponen en el SEG “declaraciones (muy) probablemente ciertas/reales/creíbles”, “declaraciones carentes de criterios de realidad”, “declaración o prueba inválida” y, en su caso, “indeterminado” (también puede referirse como prueba insuficiente). Téngase en cuenta que el sistema es especialmente robusto para la identificación de la verdad y que, del mismo, no se puede concluir que el testimonio sea falso. Asimismo, no es aconsejable que se haga una descripción de los hechos basada en frases, sino en acciones de conjunto, porque el procedimiento valida hechos y no partes aisladas.

3. CONSIDERACIONES FINALES

Reiteramos que la pericial psicológica por sí misma puede conllevar beneficios terapéuticos (Allan y Allan, 2000; Pennebaker, 1993), cuando se practi-

ca con orientación de Justicia Terapéutica. Para ello, los peritos han de contar con la capacitación profesional necesaria, puesto que la fiabilidad de todo el procedimiento recae, en última instancia, en los forenses. Es por ello que se hace preciso que la intervención se realice por profesionales con alta formación y experiencia. Por eso, es imprescindible un entrenamiento exhaustivo. En este sentido, la aplicación del SEG exige que sea practicada por un perito titular entrenado en la misma; que se graben y guarden las declaraciones (revisión externa de los métodos usados y validez jurídica de la prueba); que se registren y guarden las codificaciones de las declaraciones (revisión externa de los registrados de los criterios y de la fiabilidad de éstos); que las codificaciones sean realizadas por dos peritos por separado (evaluación de la fiabilidad de la medida); que se recaben dos declaraciones (evaluación de la persistencia); y que las declaraciones se obtengan por medio de la entrevista cognitiva –control de contaminación de la prueba con el interrogatorio–: recuerdo libre y técnicas de ayuda de recuperación de memoria (sin interrogatorios) (Arce, 2017). De no seguirse el procedimiento en su totalidad y de no ser ejecutado por forenses altamente especializados, el sistema carece de total validez, pasando a ser, según sea el caso, un procedimiento semi-objetivo (si se no garantiza totalmente la fiabilidad de las medidas o se toma un criterio de decisión objetivo) o subjetivo (si no se cuenta con forenses exhaustivamente entrenados, altamente especializados y experimentados).

Así, la mala aplicación de la prueba pericial puede incidir en el fallo judicial, puesto que puede llevar a que el perito concluya erróneamente su informe pericial, y este, a su vez, influir en la sentencia judicial, lo que sin duda afectará negativamente a la víctima a todos los niveles, entre ellos, el de su propia seguridad. El perito ha de conocer la tasa de error de las técnicas forenses, que es del 2% de falsos negativos (para cumplir con el principio de presunción de inocencia la tasa de falsos positivos ha de ser 0) en casos de violencia de género o los requisitos de aplicación (Köhnken, 2004), tal que en muchos casos lamentablemente nos encontramos con un relato insuficiente por parte de la víctima, o con la falta de colaboración de esta que impide alcanzar una prueba que cumpla con los estándares judiciales, procesales y científicos aplicables a la misma, particularmente en los casos de violencia de género y violencia sexual (Dawson y Dinovitzer, 2001; Kaiser, O’Neal y Spohn, 2015; Spohn y Tellis, 2014). Esta falta de cooperación de la víctima, debida frecuentemente a la presión del entorno familiar o a sus propias creencias autorreferentes y temores sobre las consecuencias, impide la adecuada obtención del relato. La

entrevista cognitiva acompañada de una orientación de Justicia Terapéutica puede paliarlo, aunque desafortunadamente no siempre.

Además, de ser aplicable la técnica, la mala praxis puede restar o anular la capacidad terapéutica y de empoderamiento psicológico que esta posee para la víctima (Bennett y Goodman, 2010). Como ya se ha señalado, la percepción de esta sobre cómo ha sido su experiencia dentro del sistema de justicia puede considerarlo igual o más importante que lo que suceda al final del proceso (Fleury-Steiner, Bybee, Sullivan, Belknap y Melton, 2006; Ptacek, 1999). El efecto liberador y terapéutico de la entrevista cognitiva, que Langballe y Schultz (2017) recrean con lo relatado por una niña que vivió una experiencia traumática, es lo que encontramos en la mayoría de las personas con las que se emplea el SEG, entre ellas, las víctimas de violencia de género. Sus verbalizaciones coinciden con la de esa niña “nunca a nadie le he habia dicho lo que hoy os conté a vosotros, ni siquiera a mi psicóloga...me siento muy aliviada de haberlo podido contar”, son afirmaciones que se repiten constantemente. No se nos escapa que la mala praxis puede eliminar este efecto terapéutico.

REFERENCIAS

- Akehurst, L., Köhnken, G., y Höfer, E. (2001). Content credibility of accounts derived from live and video presentations. *Legal and Criminological Psychology*, 6(1), 65-83. <https://doi.org/10.1348/135532501168208>
- Akyüz, A., Yavan, T., Sahiner, G., y Kilic, A. (2012). Domestic violence and woman's reproductive health: A review of the literature. *Aggression and Violent Behavior*, 17(6), 514-518. <https://doi.org/10.1016/j.avb.2012.07.005>
- Allan, A., y Allan, M. M. (2000). The South African Truth and Reconciliation Commission as a therapeutic tool. *Behavioral Sciences & the Law*, 18(4), 459-477. [https://doi.org/10.1002/1099-0798\(2000\)18:4%3C459::AID-BSL366%3E3.o.CO;2-T](https://doi.org/10.1002/1099-0798(2000)18:4%3C459::AID-BSL366%3E3.o.CO;2-T)
- Amado, B. G., Arce, R., y Fariña, F. (2015). Undeutsch Hypothesis and Criteria Based Content Analysis: A Meta-Analytic Review. *European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, 7(1), 3-12. <http://dx.doi.org/10.1016/j.ejpal.2014.11.002>
- Amado, B. G., Arce, R., Fariña, F., y Vilarino, M. (2016). Criteria-Based Content Analysis (CBCA) reality criteria in adults: A meta-analytic review. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 16(2), 201-210. <https://doi.org/10.1016/j.ijchp.2016.01.002>
- American Psychiatric Association. (2013). *Diagnostic and statistical manual of mental disorders* (5^a ed.). Washington DC: American Psychiatric Association.
- Andrés-Pueyo, A., y Echeburúa, E. (2010). Valoración del riesgo de violencia: Instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación. *Psicothema*, 22(3), 403-409.
- Arce, R. (2017). Análisis de contenido de las declaraciones de testigos: evaluación de la validez científica y judicial de la hipótesis y la prueba forense. *Acción Psicológica*, 14(2), 171-190. <https://doi.org/10.5944/ap.14.2.21347>
- Arce, R., y Fariña, F. (2001). *Construcción y validación de un procedimiento basado en una tarea de conocimiento para la medida de la huella psíquica en víctimas de delitos: La entrevista clínico-forense*. Manuscrito Inédito, Universidad de Santiago de Compostela.
- Arce, R., y Fariña, F. (2006). Psicología del testimonio: Evaluación de la credibilidad y de la huella psíquica en el contexto penal. En Consejo General del Poder Judicial (Ed.), *Psicología del testimonio y prueba pericial* (pp. 39-103). Madrid: Consejo General de Poder Judicial.
- Arce, R., y Fariña, F. (2007). Cómo evaluar el daño moral consecuencia de accidentes de tráfico: Validación de un protocolo de medida. *Papeles del Psicólogo*, 28, 205-210.
- Arce, R., y Fariña, F. (2009). Evaluación psicológico-forense de la credibilidad y daño psíquico en casos de violencia de género mediante el Sistema de Evaluación Global. En F. Fariña, R. Arce y G. Buela-Casal (Eds.), *Violencia de género. Tratado psicológico y legal*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Arce, R., Fariña, F., Carballal, A., y Novo, M. (2009). Creación y validación de un protocolo de evaluación forense de las secuelas psicológicas de la violencia de género. *Psicothema*, 21(2), 241-247.

- Arce, R., Fariña, F., y Freire, M. J. (2002). Contrastando la generalización de los métodos empíricos de detección del engaño. *Psicología: Teoría, Investigación e Práctica*, 7(2), 71-86.
- Arce, R., Fariña, F., y Vilariño, M. (2010). Contraste de la efectividad del CBCA en la evaluación de la credibilidad en casos de violencia de género. *Intervención Psicosocial*, 19(2), 109-119.
- Arce, R., Fariña, F., y Vivero, A. (2007). Estudio exploratorio de la efectividad de las técnicas de análisis de contenido de las declaraciones en casos de violencia de género. En C. Guillén y R. Guil (Coords.), *Psicología social: Un encuentro de perspectivas* (Vol. I, pp. 590-604). Cádiz: Asociación de Profesionales de la Psicología Social.
- Arce, R., Novo, M., y Alfaro, E. (2000). La obtención de la declaración en menores y discapacitados. En A. Ovejero, M. V. Moral y P. Vivas (Eds.), *Aplicaciones en psicología social* (pp. 147-151). Madrid: Biblioteca Nueva.
- Arce, R., Pampillón, M. C., y Fariña, F. (2002). Desarrollo y evaluación de un procedimiento empírico para la detección de la simulación de enajenación mental en el contexto legal. *Anuario de Psicología*, 33(3), 385-408.
- Bargai, N., Ben-Shakhar, G., y Shalev, A. Y. (2007). Posttraumatic stress disorder and depression in battered women: The mediating role of learned helplessness. *Journal of Family Violence*, 22, 267-275.
- Belknap, J., y Sullivan, C. M. (2003). *Longitudinal study of battered women in the system: The victims' and decision-makers' perceptions: Final report* (Documento No. 202946). Washington, DC: National Institute of Justice.
- Bennett, L., y Goodman, L. A. (2010). Through the lens of therapeutic jurisprudence: The relationship between empowerment in the court system and well-being for intimate partner violence victims. *Journal of Interpersonal Violence*, 25(3), 481-502. <https://doi.org/10.1177%2F0886260509334282>
- Bensi, L., Gambetti, E., Nori, R., y Giusberti, F. (2009). Discerning truth from deception. *European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, 1(1), 101-121.
- Black, M. C. (2011). Intimate partner violence and adverse health consequences: implications for clinicians. *American Journal of Lifestyle Medicine*, 5(5), 428-439. <https://doi.org/10.1177%2F1559827611410265>
- Bonomi, A. E., Anderson, M. L., Reid, R. J., Rivara, F. P., Carrell, D., y Thompson, R. S. (2009). Medical and psychosocial diagnoses in women with a history of intimate partner violence. *Archives of Internal Medicine*, 169(18), 1692-1697. <https://doi.org/10.1001/archinternmed.2009.292>
- Bownes, I. T., O'Gorman, E. C., y Sayers, A. (1991). Assault characteristics and posttraumatic stress disorder in rape victims. *Acta Psychiatrica Scandinavica*, 83(1), 27-30. <https://doi.org/10.1111/j.1600-0447.1991.tb05507.x>
- Brown, T. A., Campbell, L. A., Lehman, C. L., Grisham, J. R., y Mancill, R. B. (2001). Current and lifetime comorbidity of the DSM-IV anxiety and mood disorders in a large clinical sample. *Journal of Abnormal Psychology*, 110, 585-599.
- Chivers-Wilson, K. A. (2006). Sexual assault and posttraumatic stress disorder: A review

- of the biological, psychological and sociological factors and treatments. *Mcgill Journal of Medicine*, 9, 111-118.
- Bryant, R. A., y Harvey, A.G. (1995). Avoidant coping style and posttraumatic stress following motor vehicle accidents. *Behaviour Research and Therapy*, 33(6), 631-635. [https://doi.org/10.1016/0005-7967\(94\)00093-Y](https://doi.org/10.1016/0005-7967(94)00093-Y)
- Bull, R. (2013). What is 'believed' or actually 'known' about characteristics that may contribute to being a good/effective interviewer? *Investigative Interviewing: Research and Practice*, 5, 128-143.
- Cattaneo, L. B. y Chapman, A.R. (2010). The process of empowerment: A model for use in research and practice. *American Psychologist*, 65, 646-659.
- Chiesa, A. E., Kallechey, L., Harlaar, N., Ford, C. R., Garrido, E. F., Betts, W. R., y Maguire, S. (2018). Intimate partner violence victimization and parenting: A systematic review. *Child Abuse & Neglect*, 80, 285-300. <https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2018.03.028>
- Coker, A. L., Weston, R., Creson, D. L., Justice, B., y Blakeney, P. (2005). PTSD symptoms among men and women survivors of intimate partner violence: The role of risk and protective factors. *Violence and Victims*, 20(6), 625-643. <https://doi.org/10.1891/088667005780927421>
- Dodier, O., y Otgaar, H. (en prensa). The forensic and clinical relevance of evidence-based investigative interview methods in historic sexual abuse cases. *Clinical Psychological Science*.
- Davis, M. R., McMahon, M., y Greenwood, K. M. (2005). The efficacy of mnemonic components of the cognitive interview: Towards a shortened variant for time-critical investigations. *Applied Cognitive Psychology*, 19, 75-93.
- Dawson, M., y Dinovitzer, R. (2001). Victim cooperation and the prosecution of domestic violence in a specialized court. *Justice Quarterly*, 18(3), 593-622. <https://doi.org/10.1080/07418820100095031>
- Eaton, A., Temikn, T. L., Fireman, B. H., McCaw, B. R., Kotz, K. J., Amaral, D., y Bhargava, R. (2016). A description of midlife women experiencing intimate partner violence using electronic medical record information. *Journal of Women's Health*, 25(5), 496-504. <https://doi.org/10.1089/jwh.2015.5205>
- Echeburúa, E., Corral, P., y Amor, P. J. (1998). Perfiles diferenciales del trastorno de estrés postraumático en distintos tipos de víctimas. *Análisis y modificación de conducta*, 24(96), 527-556.
- Echeburúa, E., Corral, P., Sarasua, B., y Zubizarreta, I. (1998). Mujeres víctimas de maltrato. En E. Echeburúa y P. d Corral (Eds.), *Manual de violencia familiar* (pp. 11-69). Madrid: Siglo XXI.
- Esbec, C. (2000). El psicólogo forense en el proceso penal. En E. Esbec y G. Gómez-Jarabo (Eds.), *Psicología forense y tratamiento jurídico-legal de la discapacidad* (pp. 111-254). Madrid: Edisofer.
- Fariña, F., Arce, R., Vilariño, M., y Novo, M. (2014). Assessment of the standard forensic procedure for the evaluation of psychological injury in intimate-partner violence. *The Spanish Journal of Psychology*, 17, e32, 1-10. <https://doi.org/10.1017/sjp.2014.30>

- Fariña, F., Redondo, L., Seijo, D., Novo, M., y Arce, R. (2017). A meta-analytic review of the MMPI validity scales and indexes to detect defensiveness in custody evaluations. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 17, 128-138. <http://dx.doi.org/10.1016/j.ijchp.2017.02.002>
- Fariña, F., Seijo, D., Arce, R., y Vázquez, M. J. (2017). Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma. *Anuario de Psicología Jurídica*, 27(1), 107-113. <https://doi.org/10.1016/j.apj.2016.11.001>
- Fariña, F., Vilariño, M., y Amado, B. G. (2014). Psicología del testimonio: Evaluación de la credibilidad de la declaración y detección de mentiras. En S. Souto, A. Souto y F. Fariña (Eds.), *Salud y Bienestar* (pp. 9-24). Granada: Editorial GEU.
- Fisher, R. P., y Geiselman, R. E. (1992). *Memory-enhancing techniques for investigative interview*. Springfield: Charles C. Thomas.
- Fisher, R. P., y Geiselman, R. E. (2010). The cognitive interview method of conducting police interviews: Eliciting extensive information and promoting therapeutic jurisprudence. *International Journal of Law and Psychiatry*, 33(5-6), 321-328. <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2010.09.004>
- Fleury-Steiner, R. E., Bybee, D., Sullivan, C. M., Belknap, J., y Melton, H. C. (2006). Contextual factors impacting battered women's intentions to reuse the criminal legal system. *Journal of Community Psychology*, 34(3), 327-342. <https://doi.org/10.1002/jcop.20102>
- Goodman, M., L. y Bennett, L.A. (1999). Obstacles to victims' cooperation with the criminal prosecution of their abusers: The role of social support. *Violence and Victims*, 14(4), 427-444.
- Hartley, C. C. (2003). A therapeutic jurisprudence approach to the trial process in domestic violence felony trials. *Violence against Women*, 9(4), 410-437. <https://doi.org/10.1177%2F1077801202250954>
- Hastie, R., Penrod, S. D., y Pennington, N. (1986). *La institución del jurado en Estados Unidos. Sus intimidades*. Madrid: Civitas (Orig. 1983).
- Hill, A., Pallitto, C., McCleary-Sills, J., y Garcia-Moreno, C. (2016). A systematic review and meta-analysis of intimate partner violence during pregnancy and selected birth outcomes. *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 133(3), 269-276. <https://doi.org/10.1016/j.ijgo.2015.10.023>
- Holmberg, U., Christianson, S. A., y Wexler, D. (2007). Interviewing offenders: A therapeutic jurisprudential approach. En S.A. Christianson (Ed.), *Offenders' memories of violent crimes* (pp. 355-371). Chichester, UK: Wiley.
- Humphreys, J., Cooper, B. A., y Miaskowski, C. (2011). Occurrence, characteristics and impact of chronic pain in formerly abused women. *Violence against Women*. 17(10), 1327-1343. <https://doi.org/10.1177/1077801211425216>
- Johnson, M. K., y Raye, C. L. (1981). Reality monitoring. *Psychological review*, 88(1), 67-85. <http://dx.doi.org/10.1037/0033-295X.88.1.67>
- Kaiser, K.A., O'Neal, E.N., y Spohn, C. (2015): "Victim refuses to cooperate": A focal concerns analysis of victim cooperation in sexual assault cases. *Victims & Offenders*, 12 (2), 297-322. <https://doi.org/10.1080/15564886.2015.1078864>

- Kieckhaefer, J.M., Vallano, J.P., y Schreiber, N. (2013). Examining the positive effects of rapport building: When and why does rapport building benefit adult eyewitness memory? *Memory*, 22(8). <https://doi.org/10.1080/09658211.2013.864313>
- Köhnken, G. (1995). Interviewing adults. En R. Bull, y D. Carson (Eds.), *Handbook of psychology in legal contexts* (pp. 215-233). Chichester: John Wiley & Sons.
- Köhnken, G. (2004). Statement validity analysis and the 'detection of the truth'. En A. Granhag y L. A. Strömwall (Eds.), *The detection of deception in forensic contexts* (pp. 41-63). Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press.
- Köhnken, G., Milne, R., Memon, A., y Bull, R. (1999). The cognitive interview: A meta-analysis. *Psychology, Crime & Law*, 5, 3-27.
- Labrador, F. J., Fernández-Velasco, M., y Rincón, P. (2010). Características psicopatológicas de mujeres víctimas de violencia de pareja. *Psicothema*, 22(1), 99-105.
- Landry, K. L., y Brigham, J. C. (1992). The effect of training in criteria-based content analysis on the ability to detect deception in adults. *Law and Human Behavior*, 16(6), 663-676. <https://doi.org/10.1007/BF01884022>
- Langballe, A., y Schultz, J. H. (2017). 'I couldn't tell such things to others': trauma-exposed youth and the investigative interview. *Police Practice and Research*, 18(1), 62-74. <https://doi.org/10.1080/15614263.2016.1229185>
- Leserman, J., y Drossman, D. A. (2007). Relationship of abuse history to functional gastrointestinal disorders and symptoms: some possible mediating mechanisms. *Trauma, Violence, & Abuse*, 8(3), 331-343. <https://doi.org/10.1177%2F1524838007303240>
- Madsen, K., y Holmberg, U. (2015). Interviewees' psychological well-being in investigative interviews: A Therapeutic Jurisprudential approach psychiatry. *Psychology and Law*, 22(1), 60-74. <http://dx.doi.org/10.1080/13218719.2014.918083>
- Mantwill, M., Köhnken, G., y Aschermann, E. (1995). Effects of the cognitive interview on the recall of familiar and unfamiliar events. *Journal of Applied Psychology*, 80(1), 68-78. <http://dx.doi.org/10.1037/0021-9010.80.1.68>
- Memon, A., Meissner, C. A., y Fraser, J. (2010). Cognitive interview. A meta-analytic review and study space analysis of the past 25 years. *Psychology, Public Policy, and Law*, 16, 340-372.
- Memon, A., Wark, L., Bull, R., y Koehnken, G. (1997). Isolating the effects of the cognitive interview techniques. *British Journal of Psychology*, 88(2), 179-197. <https://doi.org/10.1111/j.2044-8295.1997.tb02629.x>
- Mikkelsen, E., Guthel, T., y Emens, M. (1992). False sexual abuse allegations by children and adolescents: Contextual factors and clinical subtypes. *American Journal of Psychotherapy*, 55, 556-570. <https://doi.org/10.1176/appi.psychotherapy.1992.46.4.556>
- Murray, E. J., y Segal, D. L. (1994). Emotional processing in vocal and written expression of feelings about traumatic experiences. *Journal of Traumatic Stress*, 7(3), 391-405. <https://doi.org/10.1007/BF02102784>
- Novo, M., Herbón, J., y Amado, B. G. (2016). Género y victimización: efectos en la evaluación de la violencia psicológica sutil y manifiesta, apego adulto y tácticas de resolución

- de conflictos. *Revista Iberoamericana de Psicología y Salud*, 7 (2), 89-97. <https://doi.org/10.1016/j.rips.2016.05.002>
- Novo, M., y Seijo, D. (2010). Judicial judgement-making and legal criteria of testimonial credibility. *European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, 2, 91-115.
- Oberlader, V. A., Naefgen, C., Koppehele-Gossel, J., Quinten, L., Banse, R., y Schmidt, A. F. (2016). Validity of content-based techniques to distinguish true and fabricated statements: A meta-analysis. *Law and Human Behavior*, 40, 440. <https://dx.doi.org/10.1037/lhb0000193>
- O'Donnell, M. L., Creamer, M., Bryant, R. A., Schnyder, U., y Shalev, A. (2006). Post-traumatic disorders following injury: Assessment and other methodological considerations. En G. Young, A. W. Kane, y K. Nicholson (Eds.), *Psychological knowledge in courts. PTSD, pain and TBI* (pp. 70-84). Nueva York, NY: Springer.
- Orcutt, H. K., Erickson, D. J., y Wolfe, J. (2004). The course of PTSD symptoms among Gulf War veterans: A growth mixture modelling approach. *Journal of Traumatic Stress*, 17, 195-202.
- Orth, U. (2002). Secondary victimization of crime victims by criminal proceedings. *Social Justice Research*, 15(4), 313-325. <https://doi.org/10.1023/A:1021210323461>
- Osuna, E. (2009). Aspectos clínicos y médico-legales de la violencia de género. En F. Fariña, R. Arce y G. Buela-Casal (Eds.), *Violencia de género. Tratado psicológico y legal* (pp. 169-190). Madrid: Biblioteca Nueva.
- Pennebaker, J. W. (1993). Putting stress into words: Health, linguistic, and therapeutic implications. *Behaviour research and therapy*, 31(6), 539-548. [https://doi.org/10.1016/0005-7967\(93\)90105-4](https://doi.org/10.1016/0005-7967(93)90105-4)
- Porter, S., y Yuille, J. C. (1996). The language of deceit: An investigation of the verbal clues in the interrogation context. *Law and Human Behavior*, 20(4), 443-458. <https://doi.org/10.1007/BF01498980>
- Ptacek, J. (1999). *Battered women in the courtroom: The power of judicial response*. Boston: Northeastern University Press.
- Shepherd, E., Mortimer, A., Turner, V., y Watson, J. (1999). Spaced cognitive interviewing: Facilitating therapeutic and forensic narration of traumatic memories. *Psychology, Crime and Law*, 5(1-2), 117-143. <https://doi.org/10.1080/10683169908414997>
- Simmons, S. B., Knight, K. E., y Menard, S. (2018). Long-term consequences of intimate partner abuse on physical health, emotional well-being, and problem behaviors. *Journal of Interpersonal Violence*, 33(4), 539-570. <https://doi.org/10.1177/0886260515609582>
- Sporer, S. L. (1997). The less travelled road to truth: Verbal cues in deception detection in accounts of fabricated and self-experienced events. *Applied Cognitive Psychology*, 11(5), 373-397. [https://doi.org/10.1002/\(SICI\)1099-0720\(199710\)11:5%3C373::AID-ACP461%3E3.o.CO;2-o](https://doi.org/10.1002/(SICI)1099-0720(199710)11:5%3C373::AID-ACP461%3E3.o.CO;2-o)
- Sporer, S. L. (2004). Reality monitoring and detection of deception. En A. Granhag y L. A. Strömwall (Eds.), *The detection of deception in forensic contexts* (pp. 64-102). Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Steller, M., y Boychuk, T. (1992). Children as witnesses in sexual abuse cases: Investiga-

- tive interview and assessment techniques. En H. Dent y R. Flin (Eds.), *Wiley series in the psychology of crime, policing and law. Children as witnesses* (pp. 47-71). Oxford, Inglaterra: John Wiley & Sons.
- Stylianou, A. M. (2018). Economic abuse within intimate partner violence: A review of the literature. *Violence and Victims*, 33(1), 3-22. <https://doi.org/10.1891/0886-6708.33.1.3>
- Taylor, S., y Koch, W. J. (1995). Anxiety disorders due to motor vehicle accidents: Nature and treatment. *Clinical Psychology Review*, 15(8), 721-738. [https://doi.org/10.1016/0272-7358\(95\)00043-7](https://doi.org/10.1016/0272-7358(95)00043-7)
- Undeutsch, U. (1967). Beurteilung der glaubhaftigkeit von zeugenaussagenn [La evaluación de la credibilidad de los testigos]. En U. Undeutsch (Ed.), *Handbuch der psychologie, Vol. II: Forensische psychologie* (pp. 26-181). Göttingen: Verlag für Psychologie.
- Undeutsch, U. (1988). The development of statement reality analysis. En J. Yuille (Ed.), *Credibility assessment* (pp. 101-119). Dordrecht, Holanda: Kluwer.
- Vilariño, M., Amado, B. G., Vázquez, M. J., y Arce, R. (2018). Psychological harm in women victims of intimate partner violence: Epidemiology and quantification of injury in mental health markers. *Psychosocial Intervention*, 27(3), 145-152. <http://dx.doi.org/10.5093/pi2018a23>
- Vilariño, M., Arce, F., y Fariña, F. (2013). Forensic-clinical interview: Reliability and validity for the evaluation of psychological injury. *European Journal of Psychology Applied to legal Context*, 5(1), 1-21.
- Vilariño, M., Arce, R., y Quintero, I. (2011). Prevalencia de Trastornos de Estrés Posttraumático en víctimas reales de violencia de género. En F. Expósito, M. C. Herrera, G. Buela-Casal, M. Novo y F. Fariña (Eds.), *Psicología Jurídica: Ámbitos de Aplicación* (pp. 383-397). Santiago de Compostela: Xunta de Galicia.
- Vilariño, M., Fariña, F., y Arce, R. (2009). Discriminating real victims from feigners of psychological injury in gender violence: Validating a protocol for forensic settings. *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, 1(2), 221-243.
- Vilariño, M., Novo, M., y Seijo, D. (2011). Estudio de la eficacia de las categorías de realidad del testimonio del Sistema de Evaluación Global (SEG) en casos de violencia de género. *Revista Iberoamericana de Psicología y Salud*, 2(1), 1-26.
- Vives-Cases, C., Ruiz-Cantero, M. T., Escribà-Agüir, V., y Miralles, J. J. (2010). The effect of intimate partner violence and other forms of violence against women on health. *Journal of Public Health*, 33(1), 15-21. <https://doi.org/10.1093/pubmed/fdq101>
- Vrij, A. (2005). Criteria-based content analysis: A qualitative review of the first 37 studies. *Psychology, Public Policy and Law*, 11, 3-41. <http://dx.doi.org/10.1037/1076-8971.11.1.3>
- Vrij, A. (2008). *Detecting lies and deceit: Pitfalls and opportunities* (2a. ed.). Chichester, Inglaterra: John Wiley & Sons.
- Vrij, A., Mann, S., y Fisher, R. P. (2006). Information-gathering vs. accusatory interview style: Individual differences in respondents' experiences. *Personality and Individual Differences*, 41(4), 589-599. <https://doi.org/10.1016/j.paid.2006.02.014>

- Wathen, C. N., MacGregor, J. C. D., y MacQuarrie, B. J. (2016). Relationship among intimate partner, violence, work, and health. *Journal of Interpersonal Violence*, 33(14), 2268-2290. <https://doi.org/10.1177/0886260515624236>
- Weick, K. E. (1985). Systematic observational methods. En G. Lindzey y E. Aronson (Eds.), *The handbook of social psychology* (Vol. 1, pp. 567-634). Hillsdale, NJ: LEA.
- Wexler, D. B. (1992). Putting mental health into mental health law. *Law and Human Behavior*, 16(1), 27-38. <https://doi.org/10.1007/BF02351047>
- Wexler, D. B., y Winick, B. (1996). *Law in a therapeutic key: Developments in Therapeutic Jurisprudence*. Durham, NC: Carolina Academic Press.
- Wicker, A. W. (1975). A application of a multiple-trait-multimethod logic to the reliability of observational records. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 4, 575-579. <http://dx.doi.org/10.1177/014616727500100405>
- Winick, B. J. (1997). Applying the law therapeutically in domestic violence cases. *Psychology, Public Policy, and Law*, 3, 184-206.
- Winick, B., y Wexler, D. (2003). *Judging in a therapeutic key: therapeutic Jurisprudence and the courts*. Durham, NC: Carolina Academic Press
- Wu, V., Huff, H., y Bhandari, M. (2010). Pattern of physical injury associated with intimate partner violence in women presenting to the emergency department: A systematic review and meta-analysis. *Trauma, Violence, & Abuse*, 11(2), 71-82. <https://doi.org/10.1177/1524838010367503>
- Wuest, J., Merritt-Gray, M., Ford-Gilboe, M., Lent, B., Varcoe, C., y Campbell, J. C. (2008). Chronic pain in women survivors of intimate partner violence. *The Journal of Pain*, 9(11), 1049-1057. <https://doi.org/10.1016/j.jpain.2008.06.009>
- Zaparniuk, J., Yuille, J. C., y Taylor, S. (1995). Assessing the credibility of true and false statements. *International Journal of Law and Psychiatry*, 18(3), 343-352. [http://dx.doi.org/10.1016/0160-2527\(95\)00016-B](http://dx.doi.org/10.1016/0160-2527(95)00016-B)
- Zimmerman, M. A. (2000). Empowerment theory: psychological, organizational, and community level of analysis. En J. Rappaport y E. Seidman (Eds.), *Handbook of Community Psychology* (pp. 43-63). Nueva York, NY: Kluwer Academic/Plenum Press.
- Zweig, J. M., y Burt, M. R. (2003). Effects of interactions among community agencies on legal system responses to domestic violence and sexual assault in STOP-funded communities. *Criminal Justice Policy Review*, 14(2), 249-272. <https://doi.org/10.1177/2F0887403403014002006>

CAPÍTULO IX

EVALUACIÓN E INTERVENCIÓN CON VÍCTIMAS MENORES DE EDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA TERAPÉUTICA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS VÍCTIMAS DE ABUSO SEXUAL INFANTIL

Noemí Pereda

**Profesora Titular de Victimología
Universidad de Barcelona**

Mila Arch

**Profesora Asociada de Psicopatología
Universidad de Barcelona**

Sumario: 1. CONSECUENCIAS DE LA VIOLENCIA CONTRA MENORES. 1.1. Consecuencias derivadas de la violencia. 1.2. Consecuencias derivadas de la actuación profesional. 2. VITIMOLOGÍA POSITIVA, JUSTICIA TERAPÉUTICA Y VÍCTIMAS. 3. VALUACIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD DESDE UNA PERSPECTIVA TERAPÉUTICA. 4. INTERVENCIÓN CON LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD DESDE UNA PERSPECTIVA TERAPÉUTICA. 5. CONCLUSIONES.

1. CONSECUENCIAS DE LA VIOLENCIA CONTRA MENORES

1.1. Consecuencias derivadas de la violencia

Los niños, niñas y adolescentes son particularmente vulnerables a la violencia y a los efectos derivados de ésta, dado su estatus único de individuo en proceso de crecimiento y desarrollo. El impacto que sobre los niños, niñas y jóvenes tienen las experiencias de victimización es mucho mayor que sus efectos inmediatos y visibles, afectando no solamente al menor y a las relaciones con su familia, sino también a la sociedad en su conjunto (Finkelhor y Hashima, 2001).

Se entiende por victimización el daño o perjuicio causado a una persona por el comportamiento contrario a las normas sociales de otra persona o grupo de personas (Finkelhor, 2007). La *malevolencia* del acto, el hecho que sea *causado por otro ser humano*, con el sentimiento de traición que acompaña, especialmente cuando es una persona conocida o del entorno cercano a la víctima, la *injusticia* del acto en sí mismo y que lo acontecido vaya *en contra*

de las normas morales socialmente establecidas, le confiere un especial potencial traumatogénico. La violencia dentro del ámbito familiar, la violencia por parte de iguales, la victimización sexual, la victimización a través de las tecnologías de la información y la comunicación, ser testigo de violencia familiar o comunitaria, o ser víctima de delitos comunes, como un atraco o una agresión física, son ejemplos de este tipo de acontecimientos.

Así, se ha constatado que las experiencias de victimización son una fuente importante de problemas y dificultades a lo largo de la vida de las víctimas (Anda et al., 1998) y que el correcto desarrollo de los menores es un elemento central en la configuración de la sociedad civil (Lerner, 2000), siendo el trastorno por estrés postraumático quizás la consecuencia psicológica más frecuentemente estudiada en menores víctimas de violencia, si bien las manifestaciones de la violencia no pueden circunscribirse, exclusivamente, al desarrollo de este trastorno (Baca y Cabanas, 2003).

Desde el ámbito de la psicopatología del desarrollo, los resultados de diversos estudios sugieren que la vivencia de experiencias victimizantes, en un período de alta plasticidad neuronal como es la infancia, provoca alteraciones en el desarrollo neurofisiológico cerebral, causando un daño permanente en la estructura neural y en el funcionamiento de un cerebro aún en desarrollo (Painter y Scannapieco, 2013). Esto, a su vez, parece conllevar problemas de relación, disregulación del estado de ánimo y la conducta, así como múltiples problemas sociales y emocionales en etapas posteriores (Putnam, 2006).

Los estudios ponen de manifiesto que la victimización, especialmente las formas de violencia dentro del ámbito familiar, incrementan el riesgo de trastornos psicológicos, tanto en la infancia como en la edad adulta. Por ejemplo, en muestras de niños y jóvenes se constata que la victimización incrementa la probabilidad de desarrollar sintomatología internalizante, de cariz depresivo, y externalizante, relativa a la ira y la agresividad (Turner, Finkelhor y Ormrod, 2006). Más a largo plazo, se ha observado que la violencia intrafamiliar aumenta el riesgo de sufrir diversos tipos de trastornos en algún momento de la vida, vinculados, principalmente, a ansiedad, depresión y abuso y dependencia de sustancias tóxicas (Scott, Smith y Ellis, 2010).

Cabe añadir que la exposición a la violencia en los niños, niñas y adolescentes puede conllevar graves consecuencias psicosociales a largo plazo. La victimización supone, para el menor, sentimientos de falta de control y vulnerabilidad que actúan contra la denominada *creencia en un mundo justo* (Lerner, 1980), según la cual el individuo considera que, simplemente a tra-

vés de su propia conducta, puede tener control sobre lo que le sucede y minimizar su vulnerabilidad, ya que los acontecimientos negativos únicamente les ocurren a quienes se los merecen. Esta creencia ha demostrado tener un efecto adaptativo, vinculado con la superación de acontecimientos traumáticos (véase la revisión al respecto de Furnham, 2003). A su vez, estas experiencias inciden sobre la confianza en uno mismo, en los demás y en el futuro (Janoff-Bulman, 1989) y destruyen el denominado *sesgo optimista* según el cual el individuo subestima su vulnerabilidad personal ante acontecimientos vitales adversos (Weinstein, 1989), caracterizándose entonces por un componente de pesimismo e incertidumbre. Ante la victimización, la información discordante con estos supuestos básicos de confianza y fe en el futuro y en los demás no puede integrarse y el menor, por tanto, debe asumir que es vulnerable, que se encuentra en riesgo y que sus supuestos básicos sobre el mundo y sobre sí mismo son erróneos. En un niño o niña, cuyas estructuras básicas de la personalidad y su visión del mundo están construyéndose, este tipo de consecuencias pueden llegar a ser devastadoras.

Otros trabajos han observado que los menores victimizados, ya sea de forma directa o indirecta, también desarrollan actitudes negativas e intolerantes y una mayor aceptación de la violencia como forma de relación, que posteriormente van a ser muy difíciles de erradicar. Cuando la victimización es una constante en el entorno en el que crece el menor, éste acaba incorporando la violencia no sólo como una forma de solucionar los problemas, sino como la única forma de protegerse a sí mismo. En aquellos casos en los que el menor se identifica con el agresor y asume la violencia como forma natural de conducta, puede producirse la denominada transmisión intergeneracional de la violencia o ciclo de la violencia, en la que el niño o niña, al hacerse adulto, repite con sus propios hijos el patrón de conductas abusivas vividas en su infancia (véase, entre otros, el trabajo seminal al respecto de Widom, 1989).

A su vez, el abuso sexual infantil se ha relacionado con una gran diversidad de trastornos psicopatológicos en la edad adulta (Chen et al., 2010), considerándose esta experiencia un factor de riesgo general para el desarrollo de problemas médicos, psicológicos, conductuales y sexuales, tanto en varones como en mujeres (Maniglio, 2009).

Uno de los síntomas que suele aparecer con relativa frecuencia en menores víctimas de abuso sexual, especialmente cuando el abuso perdura a lo largo del tiempo y se convierte en una victimización crónica, es la disociación. Los síntomas disociativos permiten al menor no conectar con las emociones

negativas que supone esta experiencia, lo que le aleja del dolor y le ayuda a continuar con su vida cotidiana. Sin embargo, a largo plazo, este estado puede suponer el desarrollo de conductas desadaptativas y graves trastornos psicológicos, como la amnesia disociativa, estados de trance y alteración de la propia identidad –destacando la despersonalización y el alejamiento de la realidad–, síntomas psicósomáticos o un mayor riesgo de abuso de sustancias, entre otros (véase la guía de evaluación y tratamiento publicada por la International Society for the Study of Trauma and Dissociation, 2004¹).

Desde una perspectiva forense, esta disociación va a dificultar la evaluación del menor, puesto que imposibilitará ver, en muchos casos, los efectos reales del abuso sexual, que permanecen latentes y pueden aparecer en estadios de desarrollo posterior. A su vez, desde una perspectiva clínica también va a ser difícil poder trabajar con el niño o niña hasta que éste esté preparado para conectar las emociones que le genera la experiencia que ha vivido.

Debemos saber que las primeras reacciones de la víctima suelen estar marcadas por la necesidad de esconder las consecuencias de la victimización y evitar entrar en detalles de la experiencia, dado que implican remover sentimientos dolorosos y, además, son percibidas como una confesión de la debilidad personal ante la agresión. Lo que ha sido denominado como el efecto *namings*, *blaming*, *claming* (Felstiner, Abel y Sarat, 1980) se refiere a las dificultades que tienen las víctimas de delitos sexuales para poner nombre a lo que les ha ocurrido (*namings*), culpar al victimario y no culparse a sí mismas (*blaming*), así como revelar su victimización y testificar ante un tribunal, explicando con detalle su experiencia (*claming*). Todo ello comporta que la víctima se muestre insegura, confusa y dubitativa en su declaración, lo que, en lugar de ser entendido por los profesionales del ámbito judicial como característico de la experiencia de victimización, se toma como indicador de menor credibilidad del relato.

No debe obviarse el efecto nocivo de la polivictimización, o acumulación de experiencias victimizantes a lo largo de la infancia, en el estado emocional del menor víctima (Finkelhor, Ormrod y Turner, 2007). El riesgo de problemas psicosociales aumenta de forma muy significativa en aquellos niños y ni-

¹ El lector puede dirigirse a la *International Society for the Study of Trauma and Dissociation*, que incluye información sobre esta problemática para profesionales que deben llevar a cabo evaluaciones de víctimas, así como sobre sus congresos anuales y su programa de entrenamiento en psicoterapia de los trastornos disociativos: <http://www.isst-d.org/>

ñas que tienen que afrontar más de una experiencia de victimización durante su desarrollo, dado que la violencia, en estos casos, acontece en múltiples contextos y es llevada a cabo por diferentes victimarios, lo que promueve la generalización de determinadas distorsiones cognitivas en el menor ya mencionadas. Como afirma Finkelhor (2007), debemos ser conscientes que, para algunos menores, la experiencia de violencia es más una condición vital permanente que un suceso puntual.

1.2. Consecuencias derivadas de la actuación profesional

Además de las consecuencias adversas que puede presentar un menor tras la experiencia de victimización, como profesionales que trabajan con víctimas debemos ser conscientes del riesgo de victimización secundaria que supone la intervención en el caso, si ésta no se lleva a cabo con una formación específica y especializada, basada en la evidencia empírica. De hecho, son diversos los autores, como Tamarit, Villacampa y Filella (2010), que alertan de la falta de formación específica de los profesionales públicos y privados que tratan con víctimas y deben asistirlos.

Se ha constatado que el entorno judicial clásico es intimidante para el menor víctima que debe declarar (Morgan y Zedner, 1992). Algunos autores han defendido las similitudes entre la experiencia de victimización sexual, caracterizada por la falta de control y el sentimiento de indefensión de la víctima ante el victimario, y el sistema de justicia tradicional que, en ocasiones, reconstruye estas características al tratar a la víctima (Dancig-Rosenberg, 2008).

Así, el paso de las víctimas por el sistema de justicia puede conllevar daños adicionales a su estado emocional. Este fenómeno, conocido como victimización secundaria, se ha vinculado a las múltiples evaluaciones que debe afrontar el menor y la desconfianza que percibe de los profesionales ante su declaración, lo que favorece el sentimiento de culpa (González, Muñoz, Sotoca y Manzanero, 2013).

Sin embargo, el vínculo que se establezca con los profesionales y la confianza del menor en éstos reduce el impacto traumático de las entrevistas y de otras variables del entorno judicial (testificar en presencia del victimario, lenguaje y comportamientos inquisidores de los magistrados, entre otras), no encontrándose relación entre testificar en la sala de justicia y un mayor efecto traumático en estos menores (Henry, 1997).

Si bien el concepto de victimización secundaria se utiliza, habitualmente, para referirse a la implicación de la víctima en el proceso penal, éste incluye también casos no vinculados al proceso penal donde psicólogos no formados adecuadamente se encargan del tratamiento a víctimas, médicos llevan a cabo exploraciones innecesarias, policías entrevistan al menor de forma poco adecuada, entre otros (Baca, Echeburúa y Tamarit, 2006).

2. VICTIMOLOGÍA POSITIVA, JUSTICIA TERAPÉUTICA Y VÍCTIMAS

La victimología positiva (Ronel y Toren, 2012) defiende que el sistema de justicia debe estar orientado a las víctimas y responder a sus necesidades, subrayando la importancia de aplicar un enfoque diferente al de la justicia retributiva si el objetivo es la recuperación física y emocional de la víctima. La victimología positiva supone cambiar la forma que tenemos de ver a las víctimas y, en lugar de enfatizar sus debilidades, valorar sus fortalezas y oportunidades de cambio y crecimiento. Desde este modelo, la justicia terapéutica y la justicia restaurativa suponen una respuesta a muchas de las deficiencias del sistema de justicia tradicional. Tanto la justicia terapéutica como la justicia restaurativa comparten su compromiso con la evidencia científica, e incluyen el uso de métodos rigurosos de las ciencias sociales para explicar los efectos que el sistema de justicia puede tener en las víctimas (Braithwaite, 2002).

La idea de base es que las leyes, los procedimientos legales y el papel de los actores legales, como magistrados y jueces, pero también peritos y otros profesionales, constituyen fuerzas sociales que, intencionadamente o no, producen efectos terapéuticos o por el contrario, efectos antiterapéuticos o victimización secundaria. Estos efectos han sido denominados efectos critogénicos, o efectos causados por la ley (del griego *crites*, juez, y *genic*, proveniente de) (Gutheil, Bursztajn, Brodsky y Strasburger, 2000).

La perspectiva de la justicia terapéutica muestra que la justicia puede ser usada como un instrumento para la recuperación de la víctima, reduciendo los efectos negativos de la victimización (Imiera, 2018). No se trata de una teoría sino de un enfoque diferente ante el proceso judicial (Wemmers, 2008). Así, la justicia terapéutica supone el estudio del rol de la ley como agente terapéutico (Wexler, 1990).

Estudios de revisión sistemática han confirmado el efecto beneficioso que puede tener el proceso judicial en el estado emocional de la víctima (Kunst,

Popelier y Varekamp, 2015) y cómo la ausencia de un rol activo en el proceso es negativo para su estado psicológico y dificulta, enormemente, su recuperación (Diesen, 2012). Se ha constatado en estudios empíricos que la participación de la víctima en el sistema de justicia es terapéutica cuando la víctima siente que ha sido tratada de forma justa (Wemmers y Cyr, 2005), así como cuando se le muestra reconocimiento y respeto (Wemmers, 2008).

El estudio de Strang y Sherman (2003) indica que la falta de información sobre el desarrollo y los resultados del procedimiento; la escasa participación que se les concede; la ausencia, en la gran mayoría de casos, de reparación emocional y disculpas por parte del victimario, así como de una compensación material considerada justa y suficiente; y, finalmente, la sensación de no ser tratado justamente ni con respeto, son aspectos del sistema de justicia tradicional subrayados por las víctimas como generadores de malestar, que pueden orientarse, de forma más adecuada a las necesidades de la víctima, en el proceso de justicia terapéutica.

Existe un significativo corpus teórico en el ámbito de la justicia terapéutica relativo a los ofensores (Cucolo y Perlin, 2012; Glaser, 2002); sin embargo, las publicaciones relativas a los potenciales efectos positivos de la justicia terapéutica en las víctimas son escasas (Nolan, 2003) y, en lo referente a menores, prácticamente inexistentes salvo contadas excepciones (Fariña, Novo, Arce y Vázquez, 2017). Algunos autores ya han alertado de que la atención a las víctimas desde el enfoque de la justicia terapéutica es fundamental si se quiere que esta perspectiva tenga continuidad y ofrezca una mejora completa del proceso de justicia (Erez, Kilchling y Wemmers, 2011). La terapia cognitivo conductual, la teoría del ritual de interacción y el modelo de actuación centrado en el superviviente son tres enfoques provenientes del ámbito de la psicología y la sociología que predicen estos posibles efectos positivos en las víctimas desde la perspectiva de la justicia terapéutica.

La terapia cognitivo conductual (*CBT, cognitive-behavioral therapy*), basada en la confrontación de la víctima con los estímulos traumáticos de forma que pueda volver a procesarlos adecuadamente y superar sus miedos y temores asociados, ha demostrado empíricamente ser la forma más efectiva de tratar la sintomatología postraumática que suele acompañar a un grupo importante de víctimas de experiencias violentas (para profundizar en este tema véase Foa, Keane, Friedman y Cohen, 2009). En este sentido, confrontar a la víctima, de forma directa o indirecta, con sus temores en el proceso judicial, desde el respeto y la empatía, le permite, de forma similar a la terapia

cognitivo conductual, extinguir los síntomas de evitación y los miedos asociados a la experiencia de victimización, a la vez que obtener una respuesta a la pregunta de *¿por qué a mí?*, que suele acompañar a estos síntomas (Sherman et al., 2005).

Por su parte, los rituales de interacción propuestos por Collins (2004), suponen encuentros sociales en los que los participantes se influyen mutuamente al compartir físicamente un espacio común, presentando una meta conjunta y creándose un sentimiento de solidaridad entre ellos que genera un nuevo compromiso con los estándares de moralidad del grupo. Siguiendo este planteamiento sociológico, conocer los motivos del victimario y su historia de vida, es terapéutico para la víctima y supone un ritual de interacción que devuelve a los implicados a los principios sociales establecidos (Sherman et al., 2005).

A su vez, el modelo de actuación centrado en el superviviente (*Survivor-Centered Model*) de Mills (1999) sugiere cómo el sistema legal debe tratar a las mujeres víctimas de violencia doméstica, dándoles voz a través de su participación activa en el mismo y validando su experiencia, tomando en serio lo que relatan. Este modelo puede tomarse como base y ser aplicado a niños, niñas y adolescentes víctimas. El menor debe sentir aceptación por parte de los profesionales implicados en el proceso, respeto ante sus opiniones y que se le implica en las decisiones que se tomen. Debe pasar de ser ‘un objeto para ser usado’ por el sistema de justicia a ‘una persona con derechos’ a la que se debe empoderar para que los ejerza (Salisbury, 2004). En España, el programa ‘Ruptura de pareja, no de familia’ ha demostrado sus efectos terapéuticos en los niños y niñas que deben adaptarse a la nueva situación familiar (Fariña et al., 2017).

Debemos recordar que la participación del menor en el sistema de justicia mediante su testimonio es un derecho estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño² e incrementa su percepción de control y empoderamiento ante un proceso en el que, en la mayoría de casos, la víctima y, especialmente,

2 Art. 12.1. “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

Art. 12.2. “Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

el menor víctima, es un actor pasivo (Zehr, 1990). Si se tiene en cuenta que, a su vez, las autoridades deben actuar salvaguardando el interés superior del menor, tal y como estipula la Convención sobre los Derechos del Niño³, los principios de la justicia terapéutica son un medio adecuado para actuar en función de este interés.

Por otro lado, el derecho a expresar opiniones, preocupaciones y a ser escuchado, el derecho a estar informado y el derecho a la reparación son, entre otras, algunas de las directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos elaboradas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su resolución 2005/20 de 22 de julio de 2005. Sabemos que en el procedimiento de justicia tradicional, especialmente si nos centramos en el ámbito de la justicia penal, estas recomendaciones y directrices no se tienen en cuenta todo lo que se debería.

En síntesis, la justicia terapéutica debe convertir a la víctima en superviviente (Winick, 2009) y el proceso judicial puede ser la plataforma terapéutica que lo permita.

3. EVALUACIÓN DE MENORES VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA

Entre las problemáticas asociadas a las intervenciones con un/a menor víctima, la evaluación del abuso sexual infantil es una de las identificadas como de mayor dificultad técnica y, posiblemente, una de las que ha suscitado mayor controversia entre los profesionales (Pereda y Arch, 2012; Pons-Salvador, Martínez, Pérez y Borrás, 2006). Ello es así, básicamente por tres cuestiones: a) no existe un único cuadro sintomático único que se relacione de forma directa con la agresión sufrida por el/la menor b) las variables relacionadas con el contexto y con el suceso en sí tienen un efecto mediador respecto a las secuelas observables c) dificultades inherentes al proceso y a los instrumentos de evaluación. Evidenciándose que la adecuada evaluación de esta problemática necesariamente debe recaer en profesionales con adecuada y sólida formación, aspecto que, en nuestra opinión, supone el primer requisito ante el abordaje de una evaluación de ASI.

Cabe señalar que cuando se produce un abuso sexual, no suelen existir

3 Art. 3.1. *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.*

testigos del acto ni otros elementos objetivables (p.e.: lesiones, evidencias biológicas...) que permitan constatar la ocurrencia del suceso (Echeburúa y Subijama, 2008). Ante ello, la evaluación pericial de la víctima se ha constituido como uno de los elementos más significativos en el proceso judicial (González, 2015; Pompeyo y López, 2014; Vázquez-Rojas, 2014), siendo habitual que los tribunales soliciten un dictamen forense en estos casos (Tejero y González, 2009). En esta línea, debe destacarse que los elementos básicos a los que remitirá la valoración forense, para cumplir adecuadamente su función de asesoramiento al tribunal, se concretan en el análisis de la credibilidad del discurso de la víctima y la valoración del posible daño psicológico (Tapias, 2011).

Desde una perspectiva TJ, entendemos que el desarrollo de la evaluación en casos de ASI debe contemplar de forma prioritaria dos cuestiones básicas: evitar la victimización secundaria del menor (problemática ya indicada anteriormente) y asegurarse de que el desarrollo de la evaluación se basara en métodos y procedimientos basados en la evidencia que puedan dotar de solidez esta compleja valoración.

Como comentamos con anterioridad, unos de los efectos indeseados a los que se expone el/la menor víctima es la posibilidad de sufrir una victimización secundaria como consecuencia de su participación en un proceso judicial e, incluso, a causa de las diferentes exploraciones técnicas a las que pueda verse sometido/a desde el momento de la revelación. En este sentido, cabe destacar que, sin duda, el principal elemento de que el/la menor pueda sufrir una victimización secundaria lo encontramos en la sobreexposición a diferentes evaluaciones, entrevistas y/o declaraciones; ello supone para la víctima la reexperimentación de emociones negativas y también le conduce a valorar que hay descredito hacia sus manifestaciones, todo ello agudizará sus sentimientos de inadecuación y de culpa, afectando a su autoestima (González, Muñoz, Sotoca y Manzanero, 2013; Sotoca et al., 2013). Así, es importante recordar que, en cualquier procedimiento judicial en el que un menor se vea inmerso, desde una perspectiva TJ, todos los operadores jurídicos debemos velar por garantizar que sea priorizado el mejor interés del menor víctima, incluyendo asegurarnos de que las exploraciones se realicen de forma acorde a las necesidades y características del menor y a cargo de profesionales adecuadamente formados para realizar de forma óptima estas valoraciones.

La evaluación desde el entorno forense tiene un enfoque diferenciado del de la práctica clínica. Desde la perspectiva clínica, el objetivo principal de la

exploración debe ser el posible daño emocional, las secuelas que puedan haberse derivado de ello y los factores protectores tanto personales como contextuales con los que cuenta el menor, de esta forma, el profesional podrá diseñar de forma adecuada la intervención terapéutica que, aun siguiendo el diseño general que se expondrá más adelante, siempre debe estar adaptada a las necesidades concretas de cada caso.

En cuanto a la evaluación forense, de forma idónea, debería abordar la valoración del estado personal del menor implicado (incluyendo evaluación del posible daño psíquico) y la estimación de la credibilidad del testimonio. Esta evaluación debe usar un enfoque comprensivo con un diseño multidimensional que incorpore un abordaje multimetodo (Pereda y Arch, 2012). Ello es, con un diseño metodológico adecuado y garantista que, en nuestra opinión, es fundamento de cualquier profesional que ejerza sus funciones desde una perspectiva TJ.

Concretamente, para asegurarse de que el diseño de evaluación es adecuado, el psicólogo forense, necesariamente, deberá considerar los siguientes aspectos: a) para la recogida del relato del menor es fundamental hacer uso de un protocolo que cuente con suficiente soporte técnico; b) la administración de instrumentos provenientes del ámbito clínico siempre debe tener en cuenta su validez y fiabilidad y ser interpretados cautelosamente si no se dispone de una adecuada muestra de contraste; c) necesariamente debe realizarse una exhaustiva recogida de datos del contexto del menor (exposición a materiales inadecuados, características familiares y sociales, etc); d) realizar una valoración exhaustiva y prudente de los informes que puedan obrar en las actuaciones judiciales.

3.1. La entrevista evaluativa

Sin duda, la entrevista forense es la técnica principal para la obtención de información relevante para el caso de un menor que puede haber sido objeto de maltrato o abuso (Muñoz, González-Guerrero, Sotoca, Terol, González y Manzanero, 2016). En todos los casos, su diseño debe siempre estar dirigido a conseguir la narrativa libre del menor y, por tanto, deberá enfocarse con preguntas abiertas que eliciten un discurso lo más libre y espontáneo posible por parte del menor que favorece la posterior valoración de la credibilidad del mismo.

En condiciones óptimas y bajo una perspectiva TJ, la exploración del me-

nor debe siempre practicarse en la fase inicial del proceso, tan pronto como sea posible y dirigida por un profesional que cuente con adecuada formación y experiencia para ello. Esta consideración deriva, de forma principal, de la necesidad de protección del menor pero también responde a cuestiones técnicas (la necesidad de evitar el empobrecimiento o la contaminación del relato del menor). A modo de ejemplo, respecto a las cuestiones derivadas del propio menor, cabe hacer mención del hecho de que el recuerdo tiende a perder precisión y/o verse influenciado por influencias externas. Por ello, debe tenerse en cuenta tanto los aspectos derivados del propio acto de la entrevista como aquellos derivados de otras cuestiones asociadas –edad, información de terceros, repercusión mediática, repeticiones del relato, etc– (Diges y Pérez-Mata, 2017; Manzanero y Barón, 2014; González et al., 2013).

Desde la perspectiva TJ, el primer aspecto a considerar respecto al proceso de evaluación (siempre contando que el profesional utilizara una de las técnicas que se encuentran suficientemente validadas para ello –esto es: técnicas basadas en la evidencia–), se situaría en la propia acogida del menor. En este sentido, es preciso contar con escenarios mínimamente invasivos que resulten respetuosos con la intimidad del menor y asegurarse de que el profesional mantiene una postura neutra, que toma en consideración las diversas hipótesis posibles y adopta una actitud cálida y empática que facilita el establecimiento de un clima de confianza que facilite la exploración. En relación a ello, nos parece importante destacar el modelo Barnahus (Kaldal, A, Diesen, C, Beije, J and Diesen, E. 2010; Johansson, 2012) y la reciente propuesta en España formulada por Pereda y Rivas (2018) y editada por Save the Children (ver: <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/bajo-el-mismo-techo-web-doble.pdf>).

Existen diversos protocolos y guías para dirigir la entrevista forense, entre otros: la entrevista cognitiva (Fisher & Geiselman, 1992), la entrevista paso a paso (Yuille, Hunter, Joffe & Zaparniuk, 1993), la guía de Poole y Lamb (Poole & Lamb, 1998), la elaboración narrativa (Saywitz & Snyder, 1996), el protocolo del NICHD (Lamb et al., 2007), y el RATA-SATAC (Anderson et al., 2010). En nuestra opinión, actualmente, es el protocolo NICHD el que es considerado como una técnica especialmente apropiada para obtener el relato del menor, considerándose que puede contribuir a obtener relatos con mayor exactitud (Orbach, Hershkowitz, Lamb, Esplin, & Horowitz, 2000).

El protocolo del NICHD fue publicado en el año 2000 en Estados Unidos, por el Instituto Nacional para la Salud del Niño y el Desarrollo Humano, tras

un largo proceso de estudio y elaboración. El objetivo principal de la herramienta es fomentar en los entrevistadores el uso de las recomendaciones basadas en la evidencia que quedan estructuradas en fases secuenciales, que se concretan en un protocolo de 6 pasos: a) introducción, b) Construcción del Rapport, c) Entrenamiento en un episodio de memoria, d) Transición al tema del abuso, e) Recuerdo libre y f) cierre.

Los distintos estudios e investigaciones en los que se ha explorado la efectividad del protocolo muestran que aumenta la cantidad y calidad en los relatos de los menores y optimiza la actuación de los entrevistadores.

Cabe remarcar que, cualquiera de las guías y protocolos existentes deben ser aplicadas por un evaluador entrenado específicamente para ello. En este sentido, en caso de que el evaluador opte por otra de las alternativas posibles para la exploración, siempre deben seguirse una serie de pautas –las que todos estos instrumentos tienen en común–: 1) la exploración debe realizarse lo antes posible tras la revelación; 2) debe establecerse un rapport adecuado con el menor; 3) debe explorarse la capacidad del menor para ofrecer un testimonio, contemplando las capacidades básicas (atención, lenguaje, percepción...) y su nivel de sugestionabilidad; 4) No debe iniciarse la exploración con el suceso que exploramos; 5) mayoritariamente, las preguntas deben ser abiertas para favorecer el relato libre, solo posteriormente pueden hacerse preguntas más directivas –nunca sugestivas– para clarificar o concretar algún elemento aportado por el menor (Lamb et al., 2007; Anderson et al., 2010; Walters, Holmes, Bauer & Vieth, 2003).

Sin embargo, tal como ya fue resaltado con anterioridad (Pereda y Arch, 2012) se observa que, generalmente, los profesionales no siguen las indicaciones ni aplican las técnicas que se recomiendan en los protocolos de entrevista, con lo que los resultados de ésta no siempre son tan válidos como sería deseable, a menos que reciban una formación específica e intensiva y sean supervisados por profesionales expertos. No podemos dejar de subrayar una vez más, la clara necesidad de especialización en el ámbito que nos ocupa, siendo este, en nuestra opinión, otro de los pilares claros a considerar por un profesional que trabaja desde una perspectiva TJ.

3.2. La exploración psicopatológica

Aunque mucho se ha escrito respecto a la valoración de los indicadores psicológicos/conductuales asociados al ASI, incluso señalándose como elemen-

tos principales para la evaluación, actualmente sabemos que la valoración de estos indicadores únicamente puede considerarse de forma complementaria dado que, como es sabido, dichos indicadores son de carácter inespecífico (pueden ser consecuencia de otros estresores) y, por tanto, pueden conllevar a realizar valoraciones que constituyan un “falso positivo” o un “falso negativo”, produciéndose, en ambos casos, un claro perjuicio para el menor. Cabe destacar que, respecto a los indicadores, únicamente, se han referido diferencias significativas en el caso de que se trate de conductas sexualizadas (Finkehor y Brown, 1985; Friedrich et al., 1992). No obstante, la literatura científica también alerta de la inconveniencia de interpretar de forma inequívoca en un sentido positivo la existencia de estas conductas (Pons, Martínez, Pérez y Borrás, 2006; González, Orgaz y López, 2012), dado que pueden también responder a conductas propias del desarrollo sexual u a otros factores. Finalmente, solo cabe destacar que, actualmente, existe consenso técnico respecto a la inconveniencia de interpretar la existencia de este tipo de conductas, de forma aislada, como evidencias de ASI.

Otra cuestión que es importante remarcar se refiere a la exploración psicopatológica. Siendo preciso recordar que, aunque siempre debe realizarse, no siempre ofrecerá resultados significativos para la valoración dado que no todos los menores presentaran sintomatología activa y mucho menos una secuencia de síntomas que resulten compatibles con la nosología. Ello es así, en tanto en cuanto la aparición de sintomatología va a depender de numerosas variables (percepción de la situación, apoyo social y familiar, etc), por tanto, sin que la inexistencia de un trastorno concreto o una determinada sintomatología resulte discriminante respecto a la posibilidad de que el/la menor implicado/a sea víctima de ASI. En conclusión, ni la presencia ni la ausencia de desajustes psicológicos en el menor, por sí mismos pueden confirmar o descartar la existencia del abuso (Seto y Lalumière, 2010).

En relación a los instrumentos de evaluación al uso (para una revisión exhaustiva ver: Pereda y Arch, 2012) se ha constatado que sigue manteniéndose el uso de instrumentos de carácter proyectivo por parte de los profesionales pese a que ello ha sido ampliamente criticado por la comunidad científica dada la ausencia de fiabilidad y validez empírica de estos instrumentos, existiendo consenso en considerar su inadecuación en los procesos evaluativos de ASI (Allen y Tussey, 2012; Kuehnle, 2003; Lally, 2001; Smith y Dumont, 1995). Una vez más, cabe alertar al lector, respecto a la necesidad de mantener actualizada su formación y descartar el uso de cualquier técnica, procedi-

miento o instrumento que no cuente con suficiente aval científico como para sustentar este tipo de evaluaciones.

En síntesis, la valoración psicopatológica es necesaria y conveniente siempre que se realice una valoración de ASI. Sin embargo, debe considerarse la fiabilidad y validez de las técnicas e instrumentos empleados y, ante datos de carácter conductual, suficientemente significativos, ponderar la posible influencia de otras variables explicativas. En este sentido, cabe señalar que es recomendable el uso de un enfoque multidimensoidal y comprensivo (American Academy of Child and Adolescent Psychiatry, 1997; American Professional Society on the Abuse of Children, 2002, Pereda y Arch, 2012) y que la no observación de estas directrices puede causar perjuicios al menor, dado que ello puede derivarse en igual medida de la valoración de un falso positivo como de un falso negativo.

4. INTERVENCIÓN CON MENORES VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA

Debemos ser conscientes que los adultos normalmente subestiman la violencia experimentada por los niños y niñas, así como su repercusión en ellos, tanto por desconocimiento respecto a sus posibles y perdurables consecuencias adversas como por el horror que les causa romper el mito de la infancia feliz y reconocer que no han sido capaces de evitar esa violencia (Finkelhor y Dziuba-Leatherman, 1994). Por lo tanto, incluso conociendo el malestar del menor, los adultos son muy reacios a buscar ayuda y la mayoría de menores victimizados no llegan nunca a recibir atención especializada. Estos resultados son especialmente graves si tenemos en cuenta que se ha demostrado que es posible detectar tempranamente aquellas víctimas que presentarán más problemas psicológicos y, especialmente, si consideramos las ventajas que puede suponer evaluar a un menor y llevar cabo un seguimiento sobre su estado psicológico que evite que la experiencia de victimización afecte negativamente a su desarrollo y perdure a lo largo de su vida.

Respecto a los menores víctimas cabe tener en cuenta que su vivencia de victimización es mayor que la que experimentan los adultos, así como sus consecuencias más graves y perdurables, puesto que se producen en un período de desarrollo y crecimiento y pueden llegar a afectar a todas las áreas de su vida (Finkelhor, 2008). El hecho que, en muchos casos, estos niños y niñas no reciban tratamiento psicológico tras la victimización por temor a que la terapia contamine su testimonio en el juicio, añadido a que los tiempos del

sistema de justicia tradicional no suelen ser ágiles, hacen que la falta de ayuda que se proporciona a estos menores constituya un importante factor de riesgo para que las consecuencias adversas de la victimización acaben afectando de forma significativa a toda su vida (Fortin, 2009) y su implicación en el proceso judicial sea antiterapéutica. En este sentido, la aplicación de los principios de la justicia terapéutica a menores víctimas queda ampliamente justificada.

Desde el enfoque de la justicia terapéutica, se promueve un tratamiento de la víctima desde una perspectiva humanista, centrada en la persona (Bason, 2013). La intervención desde la justicia terapéutica debe basarse en la escucha empática, desde un entorno de aceptación.

Se ha demostrado en los escasos estudios que han valorado este tema de forma secundaria, que los menores pueden tomar parte en el proceso de justicia, presentando una alta satisfacción con éste y mejorando su bienestar emocional. El *empoderamiento* es probablemente uno de los principales beneficios a conseguir a través de la perspectiva de la justicia terapéutica permitiendo a la víctima relatar lo sucedido y, de este modo, dar validez a su experiencia y empezar el proceso de recuperación. De hecho, y contrariamente a lo que podría suponerse, este empoderamiento se da especialmente en los menores víctimas de abusos sexuales, al romperse el aislamiento que acompaña al secreto impuesto sobre la víctima y que perpetúa el sentimiento de culpa y la estigmatización (Summit, 1983).

Basándose en el estudio clásico de Herman (1992) se ha propuesto la existencia de un síndrome de trauma complejo, derivado de la exposición prolongada y repetida durante la infancia a un suceso victimizante, como el abuso sexual infantil, lo que conduce al niño a utilizar estrategias de afrontamiento disociativas que le permiten, mientras se encuentra en esta situación de riesgo, continuar con su vida de forma adaptativa (véase el manual de Ford y Courtois, 2013). En estos casos, la víctima puede desarrollar múltiples problemas en distintas áreas de su vida que no deben asumirse como trastornos distintos e independientes, sino como síntomas causados por una compleja experiencia de victimización en la infancia que afecta a múltiples áreas del desarrollo. Así, la no existencia de un conjunto de síntomas definitorios para el abuso sexual acaba siendo un síndrome en sí mismo, comprometiéndose el desarrollo de un vínculo seguro y, así, la habilidad de regular las emociones (Cook et al., 2005; Ford, 2005). Se rompe la confianza del niño *en sí mismo*, lo que genera un profundo daño en la autoestima y el autoconcepto; *en los demás*, con las importantes dificultades que supondrá en las relaciones in-

terpersonales; y *en el futuro*, lo que implica desesperanza. Así, el tratamiento debe ir dirigido a intervenir sobre estas tres áreas, que agrupan múltiples problemas diversos.

Existen diversas modalidades de tratamiento psicológico que han demostrado su eficacia en víctimas de abuso sexual, si bien son escasas las publicaciones al respecto en lengua española. Pueden encontrarse múltiples tipos de intervención que varían en función de las diferentes variables implicadas, como son la edad de la víctima, las características del abuso sexual, la modalidad de tratamiento o a quién se dirige éste. En relación a la modalidad de tratamiento, la terapia de grupo parece ser un formato muy efectivo puesto que contrarresta el aislamiento de la víctima y destruye su creencia de sufrir un estigma (Habigzang, Hatzenberger, Dala Corte, Strocher y Koller, 2006). De todos modos, tal y como se ha constatado en diferentes trabajos, cuando el tratamiento se focaliza en la experiencia de abuso sexual, se estructura en una serie de módulos y se centra en los síntomas específicos que presenta la víctima, puede contribuir a una reducción significativa de la sintomatología a corto y largo plazo, en cualquiera de sus modalidades (para una revisión de este tema léase Skowron y Reinemann, 2005).

El modelo de intervención que se propone como estándar, desde los principios de la justicia terapéutica, está basado en una orientación cognitivo-conductual, puesto que, de acuerdo con las escasas investigaciones realizadas, ésta es la que ofrece unos pronósticos más positivos en la consecución de los objetivos fijados y los resultados obtenidos están basados en la evidencia (Hetzl-Riggin, Brausch y Montgomery, 2007; Ramchandani y Jones, 2003). Específicamente, el modelo que más apoyo empírico ha recibido es la terapia cognitivo conductual focalizada en el trauma o Trauma-Focused CBT (para una mayor comprensión de este programa véase el manual de Cohen, Mannarino y Deblinger, 2006).

El tratamiento, desde esta perspectiva, debe consistir en la elaboración previa de un programa de intervención individualizado, teniendo en cuenta la evaluación inicial y los múltiples problemas que manifiesta la víctima en concreto (Friedrich, 1996). Ahora bien, existen algunas normas generales a seguir en este tipo de intervenciones. El tratamiento actúa sobre las distorsiones cognitivas que la víctima ha desarrollado durante el abuso y sobre los síntomas que presenta. Hablar sobre el abuso, por tanto, supone el primer paso para romper el silencio y el sentimiento de aislamiento que acompaña a la víctima. Recordar y describir lo que se ha vivido sirve para reducir la

tendencia a la disociación y a la negación que presentan muchas víctimas de abuso sexual y que ha servido como estrategia adaptativa mientras el abuso se ha producido (Macfie, Cicchetti y Toth, 2001). El hecho de volver a experimentar los sentimientos asociados al abuso es una pieza clave dentro de la terapia, siendo un objetivo prioritario de la intervención en los casos en los que la víctima presenta trauma complejo.

Por otro lado, existen dos criterios previos a considerar, sea cual sea la modalidad de tratamiento que se va a seguir, y que deben regir la intervención con víctimas de abuso sexual infantil. El primer criterio a tener en cuenta es que la víctima no va a olvidar el abuso, si no que debemos ayudarla a elaborarlo e integrarlo en su vida. En segundo lugar, la intervención con víctimas de abuso sexual debe basarse en la idea que el abuso sexual es una experiencia, no una condición clínica ni una patología. Teniendo estos criterios en mente, deberemos decidir si el tratamiento psicológico es realmente necesario. No es adecuado someter a una víctima de abuso sexual a tratamiento psicológico per se, puesto que el abuso sexual es una experiencia negativa no un trastorno psicológico (Kendall-Tackett et al., 1993). De este modo, la intervención psicológica no siempre será necesaria. O quizás no sea necesaria en ese momento. Existe una fuerte tendencia social a creer que todas las víctimas presentan consecuencias adversas derivadas de su experiencia de victimización. Es lo que se conoce como sesgo del trauma (Hill, 2011).

La intensidad del impacto dependerá de las variables mediadoras que incidan en ese caso particular y que se relacionan con el tipo de abuso, con el victimario, con la víctima, o con la respuesta del entorno de la víctima, entre otras (Spaccarelli y Kim, 1995). Tomando la perspectiva de la resiliencia, en aquellos casos en los que la víctima no presenta sintomatología que refuerce la necesidad de tratamiento psicológico, intervenir podría representar someterla a una segunda victimización. La intervención psicológica siempre supone unos efectos en la persona que la recibe y, cuando no es necesaria, estos efectos pueden agravar el estado de la persona intervenida (Bootzin y Bailey, 2005). Entender los efectos de la violencia bajo un enfoque no psicopatológico, que integre la perspectiva de la resiliencia, es clave en un enfoque de intervención terapéutico.

Así, desde este enfoque se defiende que hay que evaluar los recursos y fortalezas de los que dispone el menor víctima y no únicamente la experiencia de victimización, porque disponer de esta información completa nos permitirá planificar programas de intervención más efectivos y adaptados a la realidad

del niño, niña o adolescente. Hamby, Grych y Banyard, (2018) proponen el término polifortaleza como concepto paralelo en positivo al de polivictimización, ya que aunque las fortalezas se han estudiado individualmente, los factores de protección raramente tienen efecto solos y deben valorarse en una evaluación completa⁴.

1.1. Programa de intervención

El tratamiento psicológico con menores víctimas de abuso sexual desde la terapia cognitivo-conductual focalizada en el trauma que se propone supone tres fases (a) una fase de seguridad y restablecimiento de la confianza interpersonal, (b) una fase educativa-preventiva y (c) una fase terapéutica.

1.1.1. Fase de seguridad y restablecimiento de la confianza interpersonal

Es muy importante ser conscientes que trabajar con víctimas de la violencia, si bien es similar en algunos aspectos al tratamiento que se puede ofrecer a cualquier otro paciente, requiere de unas particularidades a tener en cuenta. Y una de ellas es la seguridad de la víctima. No se puede iniciar el proceso terapéutico si la víctima no se encuentra en un contexto seguro. Y esto supone que el abuso haya finalizado y que podamos empezar a modificar el modo superviviente en el que la víctima ha actuado hasta el momento como estrategia adaptativa. Para ello, también debe sentirse segura en el espacio terapéutico y con su terapeuta. Debemos preguntarle si está cómoda, observar si realmente se siente amenazada en nuestro despacho o por nuestra presencia. Todo ello se podrá llevar a cabo con éxito si hemos establecido un buen vínculo y la víctima confía en nosotros. Cabe tener en cuenta que la confianza interpersonal se ha visto gravemente dañada, puesto que frecuentemente el victimario ha sido alguien con quien la víctima mantenía una relación de intimidad y confianza. Así que la confianza en el terapeuta es clave para poder finalizar con éxito la intervención y requiere de nuestro interés prioritario, debiendo ir más allá de una, dos o tres sesiones y configurando una fase del proceso en sí misma, no la antesala al tratamiento propiamente dicho (véase Ford y Courtois, 2013).

1.1.2. Fase educativa-preventiva

En segundo lugar, la fase educativa-preventiva es de gran importancia dado que proporciona a la víctima autonomía, reduce el sentimiento de indefensión derivado de la experiencia abusiva, facilita la percepción de una mayor sensación de control y reduce el riesgo de posibles futuras victimi-

4 Para una mayor información de *The Resilience Portfolio Questionnaire*, puede verse <https://www.lifepathsresearch.org/strengths-measures/>

zaciones. Engloba, a su vez, diferentes apartados: (a) Información sobre la sexualidad y sobre el abuso sexual, en la que se debe ayudar al menor a comprender su propia sexualidad de una forma objetiva y adaptada a su edad. Se deberán confrontar las experiencias sexuales vividas con una sexualidad sana a través del desarrollo de diversos temas, entre los que destacan, los falsos mitos respecto al sexo y la sexualidad. Tendremos que hablar de la sexualidad de forma positiva, advirtiendo al menor que algunas personas pueden utilizarla de forma equivocada y dañar a otros. Es muy importante que los niños y niñas vivan la sexualidad sin relacionarla con el abuso sexual; (b) Detectar un abuso sexual y quiénes pueden cometerlo. Suele ser frecuente educar a los niños y niñas para que no confíen en los desconocidos. Si bien éste es una importante estrategia de protección a tener en cuenta, no es efectivo por sí solo en la prevención del abuso sexual puesto que, en la mayoría de casos, los menores son victimizados por personas conocidas y en las que confían. Debemos enseñar también a los menores cómo saber cuándo el comportamiento de un conocido es inadecuado, reconociendo la propiedad del cuerpo, fomentando la privacidad y el respeto de las partes íntimas, así como ayudando a reconocer tocamientos inadecuados. Estos conocimientos incluyen enseñar a los niños y niñas a conocer los nombres correctos de las partes del cuerpo y su equivalente en el lenguaje coloquial, ayudándoles a que puedan revelar una situación de posible abuso sexual y a ser comprendidos; (c) Aprender estrategias de afrontamiento adecuadas para evitar un abuso sexual, incidiendo en la falta de responsabilidad del menor ante el abuso pero, a su vez, en su capacidad para evitar nuevas situaciones abusivas. Esto se consigue enseñando al menor a conocer los derechos humanos y, específicamente, los derechos de los niños y niñas, saber que puede decir “no”, o saber a quién dirigirse en una situación de riesgo.

1.1.3. Fase terapéutica

Finalmente, la fase terapéutica, propiamente, se compone a su vez de diferentes módulos:

(a) Describir el abuso y los sentimientos asociados, ayudando al menor a identificar las propias emociones y a facilitar el desahogo emocional. Hemos de ayudar a la víctima a reconocer y expresar sus emociones, como sentimientos humanos que son, de forma positiva, sin que la dañen ni a ella ni a otras personas, con procedimientos constructivos, así como eliminar estrategias de afrontamiento inadecuadas (como la disociación o la negación) (Daigneault, Hébert y Tourigny, 2006).

(b) Evaluar la presencia de ideas disfuncionales y distorsiones cognitivas, destacando, por su elevada frecuencia, la culpa. Nuestro rol como profesionales es ayudar a la víctima a entender cognitivamente y a aceptar emocionalmente que él o ella no ha sido responsable del abuso. La víctima debe comprender los motivos que la obligaron a permanecer en silencio, e insistir en que la responsabilidad es únicamente del agresor. En esta línea, Cohen y Mannarino (2000) observaron que las atribuciones internas para el abuso sexual se relacionaban de forma significativa con el sentimiento de culpa y con el desarrollo de sintomatología psicopatológica, influyendo de forma negativa en el pronóstico del tratamiento psicológico aplicado a estas víctimas. También es necesario trabajar la estigmatización que sufren los menores víctimas de esta experiencia, siendo habitual que se sientan diferentes, incomprendidos, dada la experiencia que han vivido y la visión social que existe de este tipo de maltrato. La desconfianza generalizada es otra de las variables en las que se deberá intervenir. Debemos ser conscientes que cuando el abuso sexual es intrafamiliar o cometido por una persona del entorno cercano del menor, el impacto de éste en la confianza de la víctima puede ser devastador, puesto que ha sido un cuidador, que debía ser protector, quien se ha aprovechado de él o ella y ha violado su confianza. La víctima ha de aprender a discriminar en quien puede confiar, sin llegar a establecer generalizaciones erróneas. Nuestro reto como profesionales es reducir el daño que la víctima ha sufrido en su capacidad de confiar. El autoconcepto negativo o baja autoestima es otra de las variables a desarrollar, siendo nuestra tarea como terapeutas favorecer la consecución de una imagen personal positiva y no estigmatizada en la víctima. Estudios como el de Cicchetti, Rogosch, Lynch y Holt (1993) indican que aquellos menores que mantienen un elevado nivel de autoestima pese a la experiencia de victimización, son también aquellos que suelen presentar una mayor resistencia al estrés, conceptualizándose la autoestima como un factor que promueve la resiliencia. Aquellas intervenciones que ayudan a los menores que han sufrido abuso sexual a verse como algo más que víctimas, que luchan contra la victimización como rol identitario, suelen ser las más eficaces. Normalizar la situación del menor y favorecer actividades en las que pueda demostrar sus cualidades, como la escuela, participar en algún deporte o realizar actividades gratificantes con familia y amigos, pueden ser muy importantes en la recuperación de la víctima.

(c) Manejar las consecuencias del abuso sexual, entre las que destacan los síntomas afectivos como los miedos y la ansiedad. La víctima puede mos-

trar reacciones fóbicas ante las conductas afectivas, las personas del mismo sexo que el agresor u otros aspectos relacionados. Debemos fomentar que la víctima narre el episodio de abuso y exprese sus sentimientos asociados, reduciendo de este modo su nivel de malestar. El uso de estrategias de relajación también puede ayudar a reducir la ansiedad de la víctima, así como la exposición gradual a las situaciones que teme. Aparecen también con frecuencia síntomas postraumáticos como las pesadillas, la irritabilidad, la ira o la tristeza que pueden tratarse desde el modelo teórico del terapeuta (puede consultarse la efectividad de los tratamientos para el estrés postraumático en el manual de Foa et al., 2009). Entre las alteraciones sexuales destaca la conducta sexualizada ya que es una de las consecuencias más frecuente en víctimas de abuso sexual al producirse una interferencia en el desarrollo sexual normal del menor. La masturbación compulsiva, el exhibicionismo o el uso de un vocabulario sexual inadecuado para la edad, aparecen en muchas de estas víctimas (Friedrich et al., 2001). Debemos enseñar al menor a autocontrolarse y educarlo sobre la inadecuación de realizar algunas de estas conductas en público o sin el consentimiento del otro participante. También es de gran utilidad distraer la atención del menor hacia actividades alternativas más apropiadas para su edad. También suele aparecer confusión respecto a la orientación sexual, vinculada, principalmente con el sexo masculino. Los varones víctimas de abuso sexual suelen presentar el temor de que el haber sido abusados por un agresor de su mismo sexo implique una orientación homosexual permanente, sin tener posibilidad de elegir libremente una u otra opción sexual (O'Leary, Scott y Gould, 2017). La conducta sexual promiscua es una de las consecuencias más frecuente en víctimas de abusos sexuales crónicos e intrafamiliares cuando llegan a la adolescencia, puesto que se produce una interferencia en el desarrollo sexual normal y la víctima aprende a no dar importancia al sexo, a desvincularlo de la parte afectiva y a relacionarse con los demás a través de éste. Deberemos enseñar a la víctima a autocontrolarse y a vincular el sexo con la parte emocional que lo acompaña, rompiendo procesos de disociación que, muchas veces se encuentran en la base de estos comportamientos. Otros problemas derivados o incrementados por el abuso sexual son la agresividad, las autolesiones (especialmente cortes y quemaduras), la ideación y la conducta suicida, las alteraciones del sueño, o los trastornos de la alimentación (para una revisión de esta sintomatología véase Pereda, 2009). Son muy eficaces las intervenciones cortas que consideran estas dificultades como reacciones comunes ante el elevado

nivel de estrés al que la víctima ha sido sometida y que la ayudan a identificar las emociones y cogniciones distorsionadas asociadas. La terapia grupal ha demostrado ser muy eficaz para tratar estas dificultades puesto que desestigmatiza a la víctima y normaliza los síntomas que presenta dada su situación (Habigzang et al., 2006).

Cabe añadir que un tratamiento eficaz requiere de la participación activa de la familia del menor o de aquellos adultos que lo tengan a su cargo. La familia debe incluirse en la medida en que tenga un papel directo en la etiología y mantenimiento del problema. Los familiares no agresores, especialmente la madre de la víctima, deben ser parte integral del proceso terapéutico ya que son las principales fuentes de apoyo del niño o niña (Sinclair y Martínez, 2006). Para Cyrulnik (2002) “la resiliencia del niño se construye en la relación con el otro... un niño herido y solo no tiene ninguna oportunidad de convertirse en resiliente”. De este modo, la intervención con el profesional puede ayudar a que la madre de la víctima sea un importante tutor de resiliencia, figura del adulto guía que favorecerá el desarrollo y el refuerzo de las capacidades del niño o niña víctima de abuso sexual infantil.

5. CONCLUSIONES

Desde el enfoque de la justicia terapéutica es fundamental que los profesionales que trabajen con víctimas estén adecuadamente formados y sean conscientes de todos aquellos avances e innovaciones en este campo de trabajo. En este sentido, la universidad debe asumir esta responsabilidad y ofrecer asignaturas, tanto en el grado como en estudios especializados de postgrado, sobre evaluación y tratamiento a víctimas y, específicamente, a menores víctimas.

La intervención clínica con víctimas desde una perspectiva de justicia terapéutica aboga por aplicar aquellos programas de tratamiento basados en la evidencia empírica, lo que permite poder garantizar que las actuaciones que se lleven a cabo van a ser terapéuticas y no antiterapéuticas.

La evaluación forense de los casos de ASI, debe realizarse por parte de un profesional altamente especializado, empleando un diseño de evaluación basado en una perspectiva multimetodo y con técnicas, procedimientos e instrumentos que cuenten con suficiente validez y fiabilidad.

Es importante que los profesionales recuerden que la victimización secundaria que puede sufrir un menor a causa de intervenciones inadecuadas pue-

de constituir un daño igual o mayor al que se deriva de la situación de maltrato. Por lo que es un deber deontológico fundamental que el psicólogo que atiende estas problemáticas (sea cual sea su ámbito de aplicación) tome las medidas necesarias para evitar que pueda producirse este indeseado efecto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLEN, Brian, TUSSEY, Chricelyn, “Can projective drawings detect if a child experienced sexual or physical abuse?: A systematic review of the controlled Research”, *Trauma, Violence & abuse*, 13,2, 2012, Pág.97-111.
- AMERICAN ACADEMY OF CHILD AND ADOLESCENT PSYCHIATRY, “Practice parameters for the forensic evaluation of children and adolescents who may have been physically or sexually abused”, *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, 36, 1997, Pág. 423-442.
- AMERICAN PROFESSIONAL SOCIETY ON THE ABUSE OF CHILDREN, *Investigative interviewing in cases of alleged child abuse: Practice guidelines*. Chicago, IL: American Professional Society on the Abuse of Children, 2002.
- ANDA, Robert F., et al., “The enduring effects of abuse and related adverse experiences in childhood”, *European Archives of Psychiatry and Clinical Neuroscience*, 256, 3, 2006, pág. 174-186.
- ANDERSON, J., ELLEFSON, J., LASHLEY, J., LUKAS, A., MILLER, A., OLINGER, S., RUSSELL, A., WEIGMAN, J. “The Corner House Forensic Interview Protocol: RATAC®” *The Thomas M. Cooley Journal of Practical and Clinical Law*, 12,2, 2010, Pág. 193-331.
- BACA, Enrique, CABANAS, María Luisa, *Las víctimas de la violencia. Estudios psicopatológicos*, Triacastela, Madrid, 2003.
- BACA, Enrique, ECHEBURÚA, Enrique, TAMARIT, Josep Maria (Coord), *Manual de Victimología*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- BALSON, Jamie, “Therapeutic jurisprudence: Facilitating healing in crime victims” *Phoenix Law Review*, 6, 2012, pág. 1017.
- BOOTZIN, Richard R., BAILE Elaine T., “Understanding placebo, nocebo, and iatrogenic treatment effects” *Journal of Clinical Psychology*, 61, 7, 2005, pág. 871-880.
- BRAITHWAITE, John, “Restorative justice and therapeutic jurisprudence”, *Criminal Law Bulletin*, 38, 2, 2002, pág. 244-262.
- CHEN, Laura P., et al., “Sexual abuse and lifetime diagnosis of psychiatric disorders: systematic review and meta-analysis”, *Mayo Clinic Proceedings*, 85, 7, 2010, pág. 618-629.
- COHEN, Judith A., MANNARINO Anthony P., “Predictors of treatment outcome in sexually abused children”, *Child Abuse & Neglect*, 24, 7, 2000, pág. 983-994.
- COHEN, Judith A., MANNARINO, Anthony P., DEBLINGER, Esther, *Treating trauma and traumatic grief in children and adolescents*, Guilford Publications, New York, 2016.
- COLLINS, Randall, *Interaction ritual chains*, Princeton university press, New Jersey 2014.
- COOK, Alexandra, et al., “Complex trauma in children and adolescents”, *Psychiatric Annals*, 35, 5, 2017, pág. 390-398.
- CUCOLO, Heather Ellis, PERLIN, Michael L., “Preventing sex-offender recidivism through

- therapeutic jurisprudence approaches and specialized community integration”, *Temple Political & Civil Rights Law Review*, 22, 1, 2012, pág. 1-42.
- CYRULNIK, Boris, *Los patitos feos. La resiliencia: una infancia infeliz no determina la vida*, Gedisa, Barcelona, 2002.
- DAIGNEAULT, Isabelle, HÉBERT, Martine, TOURIGNY, Marc, “Attributions and coping in sexually abused adolescents referred for group treatment” *Journal of Child Sexual Abuse*, 15, 3, 2006, pág. 35-59.
- DANCIG-ROSENBERG, Hadar, “Sexual assault victims: Empowerment or revictimization? The need for a therapeutic jurisprudence model”, en *Trends and issues in victimology*, (ed. RONEL, JAISHANKAR, BENSIMON), Cambridge Scholars Publishing, UK, 2008, pág. 150-174.
- DIGES, Margarita, PEREZ-MATA, María de las Nieves, “La entrevista forense de investigación a niños supuestas victimas de delitos sexuales: guía de buenas prácticas”, *Diario La Ley*, 8919, 2017.
- ECHEBURÚA, Enrique y SUBIJANA, Ignacio José, “Guía de buena práctica psicológica en el tratamiento judicial de los niños abusados sexualmente” *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 8, 3, pág. 733-749
- EREZ, Edna, KILCHLING, Michael, WEMMERS, Jo-Anne M. (ed.), *Therapeutic jurisprudence and victim participation in justice: international perspectives*, Carolina Academic Press, Durham, NC, 2011.
- FARIÑA, Francisca, et al., “Intervenciones con familias tras la ruptura de pareja con enfoque de justicia terapéutica: programas de apoyo y coordinación de parentalidad”, en *Victimología. Violencia familiar, Protección víctimas niños*, (ed. MARCHIORI) Encuentro Grupo Editor, Córdoba, Argentina, 2017, pág. 25-46.
- FELSTINER, William L. F., ABEL, Richard L., SARAT, Austin, “The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming”, *Law & Society Review*, 15, 1980, pág. 631-654.
- FINKELHOR, David, “Developmental victimology: The comprehensive study of childhood victimization”, en *Victims of crime* (3rd ed.), (ed. DAVIS, LURIGIO, HERMAN), Sage Publications, Thousand Oaks, CA, 2007, pág. 9-34.
- FINKELHOR, David, *Childhood victimization: Violence, crime and abuse in the lives of young people*, Oxford University Press, New York, 2008.
- FINKELHOR, David, BROWNE, Angela, “The traumatic impact of child sexual abuse: a conceptualization” *American Journal of Orthopsychiatry*, 55, 4, 1985, Pág. 530-541
- FINKELHOR, David, DZUIBA-LEATHERMAN, Jennifer, “Victimization of children”, *American Psychologist*, 49, 3, 1994, pág. 173-183.
- FINKELHOR, David, HASHIMA, Patricia, “The victimization of children & youth: A comprehensive overview”, en *Law and social science perspectives on youth and justice*, (ed. WHITE), Kluwer Academic / Plenum Publishers, New York, 2001, pág. 49-78.
- FINKELHOR, David, ORMROD, Richard K., TURNER, Heather A., “Poly-victimization: A neglected component in child victimization”, *Child Abuse & Neglect*, 31, 1, 2007, pág. 7-26.
- FISHER, Ronald y GEISELMAN, Eduard (1992). “Memory enhancing techniques for in-

- vestigative interviewing: The Cognitive Interview, Springfield, Illinois: Ed. Charles Thomas Publisher.
- FOA, Edna B., et al. (ed.), *Effective treatments for PTSD: Practice guidelines from the International Society for Traumatic Stress Studies*, Guilford Press, New York, 2008.
- FORD, Julian D., "Treatment implications of altered affect regulation and information processing following child maltreatment", *Psychiatric Annals*, 35, 5, 2017, 410-419.
- FORD, Julian D., COURTOIS, Christine A., *Treating complex traumatic stress disorders in children and adolescents*, Guilford Press, New York, 2013.
- FORTIN, Jane, *Children's rights and the developing law*, Cambridge University Press, London, UK, 2009 (3rd ed.).
- FRIEDRICH, William N., "Clinical considerations of empirical treatment studies of abused children", *Child Maltreatment*, 1, 4, 1996, pág. 343-347.
- FRIEDRICH, William N., et al., "Child Sexual Behavior Inventory: Normative, psychiatric, and sexual abuse comparisons", *Child Maltreatment*, 6, 1, 2001, pág. 37-49.
- FURNHAM, Adrian, "Belief in a just world: Research progress over the past decade", *Personality and Individual Differences*, 34, 5, 2003, pág. 795-817.
- GLASER, Bill, "Therapeutic jurisprudence: An ethical paradigm for therapists in sex offender treatment programs", *Western Criminology Review*, 4, 2002, pág. 143-154.
- GONZÁLEZ, Eva, ORGAZ, Begoña, LÓPEZ, Félix, "La conducta sexual infantil como indicador de abusos sexuales: los criterios y sesgos de los profesionales" *Psicothema*, 24,3, 2012, Pág.402-409
- GONZÁLEZ, José Luis, MUÑOZ, José Manuel, SOTOCA, Andrés, MANZANERO, Antonio. "Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables", *Papeles del Psicólogo*, 34, 3, 2013, Pág. 227-237
- GUTHEIL, Thomas G., et al., "Preventing "critogenic" harms: Minimizing emotional injury from civillitigation", *The Journal of Psychiatry & Law*, 28, 1, pág. 5-18.
- HABIGZANG, Luísa F., et al., "Grupoterapia cognitivo-comportamental para meninas vítimas de abuso sexual: descrição de um modelo de intervenção", *Psicologia Clínica*, 18, 2, 2006, pág. 163-182.
- HAMBY, Sherry; GRYCH, John; BANYARD, Victoria, "Resilience portfolios and polystrengths: Identifying protective factors associated with thriving after adversity", *Psychology of Violence*, 8, 2, 2018, pág. 172-183.
- HENRY, Jim, "System intervention trauma to child sexual abuse victims following disclosure", *Journal of Interpersonal Violence*, 12, 4, 1997, pág. 499-512.
- HERMAN, Judith Lewis, "Complex PTSD: A syndrome in survivors of prolonged and repeated trauma", *Journal of Traumatic Stress*, 5, 3, 1992, pág. 377-391.
- HETZEL-RIGGIN, Melanie D., BRAUSCH, Amy M., MONTGOMERY, Brad S., "A meta-analytic investigation of therapy modality outcomes for sexually abused children and adolescents: An exploratory study", *Child Abuse & Neglect*, 31, 2, 2007, pág. 125-141.
- HILL, James K., "Victimization, resilience and meaning-making: Moving forward in strength", *Victims of Crime Research Digest*, 2, 2011, pág. 3-9.

- IMIERA, Prince Pius, “Therapeutic jurisprudence and restorative justice: healing crime victims, restoring the offenders”, *De Jure*, 51, 1, 2018, pág. 82-101.
- ISSTD, International Society for the Study of Trauma and Dissociation, “Guidelines for the evaluation and treatment of dissociative symptoms in children and adolescents” *Journal of Trauma & Dissociation*, 5, 3, 2004, pág. 119-150.
- JANOFF-BULMAN, Ronnie, “Assumptive worlds and the stress of traumatic events: Applications of the schema construct”, *Social Cognition*, 7, 2, 1989, pág. 113-136
- KALDAL, A., DIESEN, C., BEIJE, J., DIESEN, E. Barnahusutredningen. Jure AB, 2010, Stockholm. Recuperado de: http://bsfi.barnlakarforeningen.se/wp-content/uploads/sites/13/2016/03/Barnahusutredningen_2010.kaldal.pdf
- KENDALL-TACKETT, Kathleen A., WILLIAMS, Linda M., FINKELHOR, David, “Impact of sexual abuse on children: a review and synthesis of recent empirical studies”, *Psychological Bulletin*, 113, 1, 1993, 164-180.
- KUEHNLE, kathryn, “Child sexual abuse evaluations”, en *Handbook of psychology: Forensic psychology (vol. 11)*, Edited by: Goldstein, A. M, 2003, Pág. 437-460. Hoboken, NJ: Wiley
- KUNST, Maarten, POPELIER, Lieke, VAREKAMP, Ellen, “Victim satisfaction with the criminal justice system and emotional recovery: A systematic and critical review of the literature”, *Trauma, Violence, & Abuse*, 16, 3, 2015, pág. 336-358.
- LALLY, Stephen, “Should human figure drawings be admired into court? *Journal of Personality Assessment*, 76,1, 2001, Pág. 135-149
- LAMB, M., ORBACH, Y.,HERSHKOWITZ, I., ESPLIN, P.W., HOROWITZ, D., “A structured forensic interview protocol improves the quality and informativeness of investigative interviews with children: A review of research using the NICHD Investigative Interview Protocol”. *Child Abuse & Neglect*, 31, 2007, Pág. 1201-1231.
- LERNER, Melvin J., *The belief in a just world*, Plenum Publishing Corporation, New York, 1980.
- LERNER, Richard M., “Developing society through the promotion of positive youth development”, *Journal of Developmental and Behavioral Pediatrics*, 21, 2000, pág. 48-49.
- MACFIE, Jenny, CICCHETTI, Dante, TOTH, Sheree L., “Dissociation in maltreated versus nonmaltreated preschool-aged children”, *Child Abuse & Neglect*, 25, 9, 2001, 1253-1267.
- MANIGLIO, Roberto, “The impact of child sexual abuse on health: A systematic review of reviews”, *Clinical Psychology Review*, 29, 7, 2009, pág. 647-657.
- MANZANERO, Antonio, BARÓN, Susana, “Características de las memorias en niños preescolares: obtención y evaluación de sus recuerdos”, en M. Meriño (Coord.), *Los delitos sexuales desde una perspectiva interdisciplinaria*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- MILLS, Linda G., “Killing her softly: Intimate abuse and the violence of state intervention”, *Harvard Law Review*, 1999, pág. 550-613.
- MORGAN, Jane, ZEDNER, Lucia, *Child victims: Crime, impact and criminal justice*, Clarendon Press, Oxford, UK, 1992.

- MUÑOZ, José Manuel, GONZALEZ-GUERRERO, Laura, SOTOCA, Andrés, TEROL, Odette, GONZALEZ, José Luis, MANZANERO, Antonio, “La entrevista forense: obtención del indicio cognitivo en menores presuntas víctimas de abuso sexual infantil”, *Papeles del Psicólogo*, 37, 3, 2016, Pág. 205-216.
- NOLAN JR, James L., “Redefining criminal courts: Problem-solving and the meaning of justice”, *American Criminal Law Review*, 40, 4, 2003, pág. 1541-1565.
- O’LEARY, Patrick, EASTON, Scott D., GOULD, Nick, “The effect of child sexual abuse on men: Toward a male sensitive measure”, *Journal of Interpersonal Violence*, 32, 3, 2017, pág. 423-445.
- PAINTER, Kirstin, SCANNAPIECO, Maria, “Child maltreatment: The neurobiological aspects of posttraumatic stress disorder”, *Journal of Evidence-Based Social Work*, 10, 4, 2013, pág. 276-284.
- PEREDA, Noemí, “Consecuencias psicológicas iniciales del abuso sexual infantil”, *Papeles del Psicólogo*, 30, 2, 2009, pág. 3-13.
- PEREDA, Noemí, ARCH, Mila, “Exploración psicológica forense del abuso sexual en la infancia: una revisión de procedimientos e instrumentos”, *Papeles del Psicólogo*, 33,1, 2012, pág.36-47.
- PEREDA, Noemí, RIVAS, Emilie “Bajo el mismo techo”, *Save the Children*, Recuperado de: <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/bajo-el-mismo-techo-web-doble.pdf>
- POMPEYO, Macario, LOPEZ, Rocío (2014). “La intervención del perito en el sistema penal acusatorio” *Revista Digital de la Reforma Penal, Nova Iustitia*, 6, 1, 2014, Pag. 8-204. Recuperado de <https://docslide.net/documents/6-revist-a-nova-iustitia-febrero-2014.html>
- PONS-SALVADOR, Gemma, MARTINEZ, Alicia, PÉREZ, Maria y BORRAS, Juan J., “La evaluación del abuso sexual infantil: comparación entre informes periciales en función del diagnóstico de abuso”, *Intervención psicosocial*,15,3, 2006, pág.317-330.
- POOLE, Debra, LAMB, Michael, “Investigative interviews of children: A guide for helping professionals”. *American Psychological Association*,1998
- PUTNAM, Frank W., “The impact of trauma on child development”, *Juvenile and Family Court Journal*, 57, 1, 2006, pág. 1-11.
- RAMCHANDANI, Paul, JONES, David PH., “Treating psychological symptoms in sexually abused children: from research findings to service provision”, *The British Journal of Psychiatry*, 183, 6, 2003, pág. 484-490.
- RONEL, Natti, TOREN, Ya’ara Tyra, “Positive victimology: An innovation or “more of the same”?”, *Temida*, 15, 2, 2012, 171-180.
- SALISBURY, Carolyn S., “From Violence and Victimization to Voice and Validation: Incorporating Therapeutic Jurisprudence in a Children’s Law Clinic”, *Thomas Law Review*, 17, 2004, pág. 623-683.
- SAYWITZ, Karen, SNYDER, Lynn, “Narrative elaboration: Test of a new procedure for interviewing children” *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 64, 6, 1996, Pág. 1347-1357.

- SETO, Michael, LALUMIÈRE, Martin, “What is so special about male adolescent sexual offending? A review and test of explanations through meta-analysis” *Psychological Bulletin*, 136(4), 2010, Pág. 526-575.
- SCOTT, Kate M.; SMITH, Don R.; ELLIS, Pete M., “Prospectively ascertained child maltreatment and its association with DSM-IV mental disorders in young adults”, *Archives of General Psychiatry*, 67, 7, 2010, pág. 712-719.
- SHERMAN, Lawrence W., et al., “Effects of face-to-face restorative justice on victims of crime in four randomized, controlled trials”, *Journal of Experimental Criminology*, 1, 3, 2005, pág. 367-395.
- SINCLAIR, Caroline, MARTÍNEZ, Josefina, “Culpa o responsabilidad: terapia con madres de niñas y niños que han sufrido abuso sexual”, *Psyche (Santiago)*, 15, 2, 2006, pág. 25-35.
- SKOWRON, Elizabeth, REINEMANN, Dawn HS, “Effectiveness of psychological interventions for child maltreatment: A meta-analysis”, *Psychotherapy: Theory, Research, Practice, Training*, 42, 1, 2005, pág. 52-71.
- SPACCARELLI, Steve, KIM, Soni, “Resilience criteria and factors associated with resilience in sexually abused girls”, *Child Abuse & Neglect*, 19, 9, 1995, pág. 1171-1182.
- STRANG, Heather, SHERMAN, Lawrence W., “Repairing the harm: Victims and restorative justice”, *Utah Law Review*, 15, 1, 2003, pág. 15-42.
- SUMMIT, Roland, “The child sexual abuse accommodation syndrome”, *Child Abuse & Neglect*, 7, 1983, pág. 177-193.
- TAMARIT, Josep Maria, VILLACAMPA, Carolina, FILELLA, Gemma, “Secondary victimization and victim assistance”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 18, 3, 2010, pág. 281-298.
- TAPIAS, Angela Cristina, “Técnicas psicológicas forenses en caso de retractación de la víctima de delito sexual menor de edad”, *Revista IUSTA*, 2011, Recuperado de: revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/.../2986
- TEJERO, Roberto, GONZALEZ, David, “Informe pericial psicológico: abuso sexual infantil”, *Revista Argentina de Clínica Psicológica*, 18, 1, pág.77-88.
- TURNER, Heather A., FINKELHOR, David, ORMROD, Richard, “The effect of lifetime victimization on the mental health of children and adolescents”, *Social Science & Medicine*, 62, 1, 2006, pág. 13-27.
- VAZQUEZ-ROJAS, Carmen, “Sobre la cientificidad de la prueba científica en el proceso judicial”, *Anuario de psicología jurídica*, 24,1, pág. 65-73
- WALTERS, S., HOLMES, L., BAUER, G., VIETH, V., *Finding Words: Half a nation by 2010: Interviewing children and preparing for court*. Alexandria, VA, 2003, National Center for Prosecution of Child Abuse.
- WEINSTEIN, Neil D., “Optimistic biases about personal risks”, *Science*, 24, 1989, pág. 1232-1234.
- WEMMERS, J., “Victim participation and therapeutic jurisprudence”, *Victims and Offenders*, 3, 2-3, 2008, pág. 165-191.
- WEMMERS, Jo-Anne, CYR, Katie, “Can mediation be therapeutic for crime victims? An

- evaluation of victims' experiences in mediation with young offenders", *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 47, 3, 2005, pág. 527-544.
- WEXLER, David, *Therapeutic jurisprudence: The law as a therapeutic agent*, Carolina Academic Press, Durham, NC, 1990.
- WIDOM, Cathy Spatz, "The cycle of violence", *Science*, 244, 4901, pág. 160-166.
- WINICK, Bruce J., "Foreword: Therapeutic jurisprudence perspectives on dealing with victims of crime", *Nova Law Review*, 33, 2008, pág. 535-541.
- YUILLE, John, HUNTER, Robin, JOFFE, Risha, ZAPARNIUK, Judy, "Interviewing children in sexual abuse cases" en G. S. Goodman & B. L. Bottoms (Eds.), *Child victims, child witnesses: Understanding and improving testimony*, 1993 Pág.: 95-115. New York, NY, US: Guilford Press.
- ZEHR, Howard, *Changing lenses: A new focus for crime and justice*", Herald Press, Scottdale, PA, 1990.

CAPÍTULO X

LA FUNCIÓN DEL JUEZ EN LA DETERMINACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES PENALES PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Ignacio José Subijana Zunzunegui

Magistrado

Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa

Sumario: 1. LOS FINES DE LAS PENAS DE PRISIÓN. 1.1. En general. 1.2. En la ejecución. 2. LOS MODELOS DE EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN: EL PRINCIPIO DE NECESIDAD PUNITIVA. 3. LOS MODELOS DE INTERVENCIÓN PENAL Y LA JUSTICIA TERAPÉUTICA. 4. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN. 5. LA EJECUCIÓN PENITENCIARIA. 6. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LA SALUD MENTAL. 6.1. La imputabilidad. 6.2. La inimputabilidad con riesgo criminal. 6.3. La imputabilidad con riesgo criminal. 6.4. La inimputabilidad sobrevenida.

1. LOS FINES DE LAS PENAS DE PRISIÓN

1.1 En general

La superación de las teorías absolutas, que consideran la pena como un fin que se agota en su contenido retributivo, justifica la progresiva consolidación de las teorías relativas de la pena cuya idea común es que la pena constituye un medio para la obtención de fines útiles, siendo el vertebral evitar la comisión de delitos, protegiendo, de esta forma, a la sociedad¹. El cumplimiento

1 Una exposición de la justificación, fundamento y fines de la pena en L. MORILLAS CUEVA, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 15 y ss. Con relación al CP 1995, L. MORILLAS CUEVA, “Valoración Político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, 2003, pp. 44 y ss. También A. JORGE BARREIRO, “Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, *Actualidad Penal*, 23, 2000, pp. 487 y ss. E. DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Universidad de Salamanca, 1999, pp. 51 y ss. B. DEL ROSAL, “Hacia un Derecho Penal de la postmodernidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-08, Granada, 2009. E. LARRAURI, “La economía política del castigo”, *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, 11-06, Granada, 2009. L. POZUELO, *La política criminal mediática: génesis, desarrollo y costes*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2013. J.A. BRANDARIZ, *El modelo gerencial actuarial de penalidad*, Dykinson, Madrid, 2016. W. HASSEMER, *¿Por qué castigar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 56 y ss. Reciente-

de este objetivo permite asignar a las penas una función básicamente preventiva² que se despliega en un contexto comunitario –prevención general- e individual –prevención especial–.

La idea preventivo general no se agota en la amenaza que el anuncio de la imposición de una pena inspira al potencial infractor para disuadirle de cometer un hecho penalmente relevante (prevención general negativa). Junto a ella, convive un mensaje de consolidación de la validez de la norma jurídico penal como un mecanismo idóneo para garantizar la convivencia comunitaria (prevención general positiva). Esta última prevención pretende la afirmación positiva del Derecho penal³ que asiente la conciencia social de la norma, la confirmación de la vigencia de la norma o la ratificación de una actitud de respeto por el Derecho⁴.

mente, P.A. RUBIO LARA, *Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 pp. 15 y ss.

2 La criminología concibe la prevención como un concepto sujeto a verificación empírica. De ahí que se marque como objetivos averiguar si el sistema jurídico-penal impone sanciones con certeza y celeridad y respeto a la proporcionalidad al daño causado, si el ciudadano proclive a la comisión de hechos delictivos conoce y teme el funcionamiento del aparato punitivo y si, consecuentemente, reacciona haciendo un cálculo de costes y beneficios, inhibiendo como consecuencia sus impulsos criminales y si, finalmente, el delincuente sancionado, una vez cumplida la sanción, deja de delinquir por haber interiorizado el mensaje de respeto a las normas penales. R. BARBERET HAVACANT, “La prevención general y especial”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, 1997, p. 121 y 122. H. KURY, “Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas?”, *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 292 y ss.

Señala ZAFFARONI que el aserto de que la pena cumple una función preventiva en la realidad social es una proposición no verificada. E. R. ZAFFARONI, *En torno de la cuestión penal*, ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 71-72.

3 En sentido crítico, vinculando la noción de prevención general positiva con los postulados del derecho penal antiliberal, E. R. ZAFFARONI, *En torno...*, *cit*, pp. 154-157. El artículo 89.1 CP es un ejemplo normativo de su presencia al justificar la decisión del juez o tribunal de ejecutar parte de la pena de prisión impuesta a un ciudadano extranjero –sustituyendo el resto por la medida de expulsión del territorio nacional- en la necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito.

4 SILVA diferencia entre los medios de prevención fáctico instrumentales y los medios de prevención comunicativos. Los primeros pretenden evitar el mal mediante mecanismos causales destinados a impedir la posibilidad física de realización del hecho. Los segundos pretenden prevenirlo mediante mecanismos motivacionales, influyendo sobre

El sentido preventivo especial se circunscribe a la evitación de la reincidencia delictiva. En el modelo jurídico garantista la prevención especial se identifica con la resocialización o reinserción social. En los emergentes modelos político-criminales de la seguridad los conceptos de intimidación individual y inocuización empiezan a adquirir predicamento⁵. En estos modelos se responde con el aislamiento social y la reclusión del delincuente, neutralizando la apuesta por políticas públicas que busquen la incorporación comunitaria del infractor⁶. Por ello, se tiende a una exasperación punitiva que hace del castigo un instrumento de exclusión del delincuente del entramado social⁷ con posibilidades remotas- atendiendo al tiempo de privación de libertad- de reincorporarse a la dinámica comunitaria⁸.

el proceso deliberativo que podría concluir en la decisión de ejecutar el hecho lesivo. J.M. SILVA, *En busca del Derecho penal*, ed. B de f, Buenos Aires, 2015, p. 62.

5 J.A. LASCURAIN, “Veinte años de penas”, *Revista Jueces para la Democracia*, 89, 2017, p. 17.

6 J. L. DIEZ RIPOLLÉS, “El nuevo modelo de la seguridad ciudadana”, *Revista Jueces para la Democracia*, 49, 2004, p. 32. DE LA CUESTA, acogiendo la terminología de GARLAND, sostiene que el nuevo modelo sancionador responde a las características de la denominada sociedad punitiva. A su juicio las consecuencias político-criminales de esta nueva dirección punitiva abarcan el populismo y la politización en el marco de una sensación permanente de crisis, la expansión de las infraestructuras de seguridad y comercialización del control del crimen, nuevos estilos de gestión con potenciación de la seguridad, transformación del pensamiento criminológico, reemergencia de las sanciones punitivas y de carácter aflictivo, redescubrimiento de la cárcel, ocaso del ideal resocializador y preferencia ciega por las posiciones de las víctimas. J. DE LA CUESTA, “Mundialización y Justicia Penal”, *Anales Internacionales de Criminología*, 2003, volumen 41, pp. 75 y 76. WACQUANT mantiene que se produce una progresiva fagocitación del Estado social por el Estado penal. L. WACQUANT, *Las cárceles de la miseria*, ed. Alianza, 2000, Madrid, pp. 12 y 43. BUSTOS Y HORMAZÁBAL mentan que se produce una demanda social de criminalización así como una privatización del control que va paralela a la pérdida de soberanía de los Estados. J.J. BUSTOS RAMÍREZ/H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo sistema de Derecho Penal*, .Trotta, Madrid, 2004, pp. 22 y 23.

7 DIEZ RIPOLLÉS afirma que las penas de prisión muy largas son un instrumento privilegiado para la exclusión social de los delincuentes mediante su directa segregación de la sociedad. J.L. DIEZ RIPOLLÉS, “El abuso de sistema penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-01, 2017, p. 9.

8 Un ejemplo reciente de esta tendencia es la introducción por la LO 1/2015, de 30 de marzo de la prisión permanente revisable en nuestro Código Penal. Una visión crítica de la misma, J.C. RIOS MARTIN, “La pena de prisión permanente revisable. La suspensión y sustitución de las penas”, *Cuadernos Penales José María Lidón*, 10, Uni-

La utilidad preventiva de la sanción penal no debe desgajarse de las exigencias del principio de protección de las víctimas⁹. Para ello debe preservar a las víctimas de futuros riesgos de victimización procedentes del comportamiento del victimario involucrando, en la medida de lo posible, a este último en tal tarea, mediante la interiorización del significado que el hecho protagonizado tuvo para las víctimas. La sanción penal tiene, respecto a las víctimas, una función preservadora y otra creadora¹⁰.

La función preservadora se centra en tutelar a las víctimas a través del diseño de contextos jurídicos de contención de los riesgos derivados del comportamiento del victimario. Por ello, los poderes públicos, radicados en el espacio normativo y jurisdiccional, deben adoptar las medidas idóneas para prevenir la victimación, implementando los instrumentos jurídicos precisos para impedir la repetición de un hecho delictivo¹¹. Esta cosmovisión debe estar presente en las tareas de creación (ámbito legislativo), selección y aplicación (ámbito jurisdiccional) de los recursos penales. De esta forma, se produce un restablecimiento de la paz jurídica, que rodeaba a las víctimas antes de la aparición de la conducta delictiva, mediante la articulación de mecanismos de un contenido estrictamente asegurativo sobre la persona del victimario.

La función creadora busca la reconstrucción de la realidad vital trocada por el delito. Por ello, facilita la implicación del victimario en el reconocimiento del significado de hecho delictivo en el entramado existencial de las víctimas y promueve la realización, por su parte, de una actividad de reparación del daño causado. Con esta actuación, se restaura la situación creada con

versidad de Deusto, Bilbao, 2014, pp. 21 y ss. P.A. RUBIO LARA, *Teoría de la pena...* cit, pp. 31 y ss.

9 En el campo de la filosofía política PETTIT reseña que el derecho penal sirve, entre otros objetivos, para defender a las víctimas. De ahí que, a su juicio, la política penal se estructura en torno a dos principios: parsimonia en la criminalización y reconceptualización del castigo como medio de rectificación de los efectos del delito. Para ello, la sanción penal debe cumplir los siguientes objetivos: lograr un reconocimiento del estatus de las víctimas, procurar que el delincuente recompense a las víctimas y renovar la seguridad de las víctimas en que el victimario no volverá a cometer un crimen. P. PETTIT, *Republicanism*, ed. Paidós, Barcelona, 1999, pp. 202-208.

10 I.J. SUBIJANA, El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento, *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, 73, Comares, Granada, 2006, pp. 30 y ss.

11 J.A. SAMPEDRO ARRUBLA, *La Humanización del proceso penal*, ed. Legis, Bogotá, 2003, p. 81.

la lesión jurídica de los derechos de las víctimas, se involucra al victimario en la tarea de reconstitución de lo mutado por el delito y se estabiliza la norma como marco jurídico de protección. Se crean, en definitiva, los cimientos de una paz jurídica futura, mediante la dinamización de estrategias centradas en la comprensión por el victimario del significado que el hecho delictivo tuvo en el devenir vital de las víctimas.

La integración holística de las funciones preservadora y creadora dotaría de contenido al paradigma recreador. Buscaría la construcción de un espacio cualitativamente distinto al preexistente al delito y al generado por la infracción penal. El espacio previo al delito no está imbuido de sentido victimal. No existen ni las víctimas ni el victimario. El delito impregna de contenido victimológico a la realidad preexistente a la infracción criminal: crea las víctimas y los victimarios. La identificación de cada uno de ellos, la individualización de sus respectivas realidades vitales y la configuración de su relación se realiza desde la nueva cosmovisión ofrecida por el hecho delictivo. La sanción no pretende reeditar la realidad preexistente al delito. No se puede borrar la significación que el hecho delictivo tuvo para las víctimas y los victimarios; no es factible expulsar de su vida el delito sufrido y cometido. La sanción debe coadyuvar a construir una realidad, distinta a la preexistente al delito y diversa a la creada por el delito, que permita a quienes sufrieron un hecho delictivo dejar de observar la realidad que les circunda única y exclusivamente desde su pupila de víctimas.

1.2. En la ejecución

Las normas de ejecución integran el sistema global de consecuencias jurídico penales con una relativa autonomía político-criminal en la medida que la delimitación del contenido concreto de la ejecución viene determinado por principios diversos a los que informan la previsión legal de una sanción y la imposición judicial de la misma. Ello ha permitido sostener que el juez lleva a cabo, en el ámbito de la ejecución, una auténtica política criminal dentro del marco de la legalidad¹². En concreto, las penas de prisión persiguen fines distintos en cada una de las fases que conducen de su previsión a su ejecución.

¹² J. M. SILVA SÁNCHEZ, “¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones en el Código Penal español”, *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, ed. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, p. 283.

La fase de conminación legal responde a un objetivo preventivo general. La pena fijada en la ley se dirige a la colectividad y se fundamenta y justifica en la necesidad de protección de bienes jurídicos para preservar la coexistencia libre y pacífica de los integrantes de la comunidad.

En la fase de determinación judicial¹³ conviven fines preventivo-generales y preventivo-especiales, con especial prevalencia de los primeros. La individualización e imposición de la pena constituye una confirmación de la vigencia de la norma jurídica y una actualización de la amenaza abstracta tipificada previamente en la ley. De ahí su vinculación preferente al cumplimiento de finalidades preventivo-generales. Ahora bien, en la medida que la elección jurisdiccional de la clase y duración de la pena, dentro del marco legal, predetermina o condiciona el contenido de la ejecución (por ejemplo, posibilidad de suspensión en el caso de las penas privativas de libertad), responde, también, a finalidades de prevención especial, al valorarse en el plano jurisdiccional la idoneidad de las alternativas a la ejecución penitenciaria de la pena privativa de libertad para contener un riesgo de reincidencia.

En la fase de ejecución de la pena se persigue un objeto preventivo-especial: que el que ya ha delinquido, y por ello ha sido condenado, no vuelva a reincidir en el delito. Los objetivos de prevención general –en todas sus dimensiones– ya han sido contemplados tanto cuando se diseña legalmente la extensión de la pena como cuando se especifica judicialmente la duración de la misma.

2. LOS MODELOS DE EJECUCIÓN DE LAS PENAS DE PRISIÓN: EL PRINCIPIO DE NECESIDAD PUNITIVA

Los modelos de ejecución de la pena de prisión se integran en un sistema jurídico que la doctrina del Tribunal Constitucional ha articulado en torno a dos premisas:

¹³ En el plano constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sostiene que el deber de motivar la individualización judicial de la pena tiene un carácter reforzado. En concreto, mantiene que el fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales adoptadas en virtud de una facultad discrecional reconocida al Juez penal se encuentra en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. Por todas, SSTC 198/2001 y 170/2004.

– El carácter reforzado de la motivación de las decisiones judiciales en materia de ejecución de la pena de prisión debido a que afectan al valor superior de la libertad. Consecuentemente, la argumentación de la decisión en esta materia tiene, por una parte, que ofrecer razones válidas que justifiquen la resolución que adopte para satisfacer las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y, por otra, tiene que trasladar, también, razones suficientes para sacrificar, en la medida que lo haga, el valor superior de la libertad –artículo 1.1. CE–.

– La existencia de plurales fines en la imposición y ejecución de las penas privativas de libertad, tales como la prevención general y la prevención especial¹⁴. La prevención general –en su dimensión disuasoria y en su manifestación de ratificación de la vigencia y utilidad de las normas como pautas sociales de convivencia– precisa que exista una adecuación entre la intensidad de la respuesta y la significación antijurídica del hecho. La prevención especial exige, desde la óptica del penado que ha infringido la norma de prohibición o de mandato, que se posibilite su incorporación al entramado comunitario sin riesgo de reincidir (interés de reintegración social del penado) y, desde la óptica de las víctimas que no han podido ser protegidas por la ley penal, que se neutralice el riesgo de que sean nuevamente victimizadas o de que se generen nuevas víctimas (interés de protección de las víctimas).

Para evitar las antinomias entre los diversos fines que justifican la imposición y la ejecución de las penas de prisión es preciso delimitar cómo se articulan los mentados fines para posibilitar la satisfacción judicial de las exigencias de motivación reforzada, dada la afectación del valor superior libertad. Al respecto, el examen de la regulación contenida en los artículos 80 y ss del Código Penal permite atisbar la existencia de dos marcos normativos que delimitan la función jurisdiccional en esta materia. A saber:

– El marco imperativo, en el que la extensión de la pena privativa de libertad impuesta por razones de prevención general únicamente posibilita la ejecución penitenciaria. En este caso, habrá que diferenciar los casos en los que la pena mínima legalmente prevista para el injusto cometido –atendiendo a sus características, grado de ejecución y modalidad de pertenencia jurídica– impide un modelo de ejecución distinto al penitenciario, de lo supuestos

¹⁴ La doctrina del TC señala que la reeducación social a la que alude el artículo 25 de la CE no es la única finalidad de la pena, sino que también ha de añadirse la de disuadir a los posibles infractores de la comisión de hechos delictivos y el castigo de estos. Así, SSTC de 14 de enero de 1987, 23 de febrero de 1998 y 13 de enero de 1997.

en los que la pena mínima legalmente prevista para el injusto cometido – con todos los caracteres referidos– permite diversos modelos de ejecución. En este último caso, la determinación jurisdiccional de una extensión de la pena de prisión que, excediendo del mínimo, la coloque en una duración que únicamente permite la ejecución penitenciaria, precisará de una motivación reforzada que tiene que vincularse a los criterios fijados en el artículo 66.1.6^a del Código Penal: las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.

– El marco opcional, en el que la extensión de la pena de prisión impuesta por razones de prevención general posibilita diferentes modelos de ejecución de la pena de prisión. En este marco la determinación jurisdiccional del modelo aplicable tiene que hacerse, para respetar el valor superior de la libertad, conforme al principio de necesidad punitiva. Según este principio –que es la traducción en este ámbito del criterio de la *última ratio*– cuando existan diversos modelos igualmente idóneos para satisfacer el objetivo de neutralizar la reincidencia y evitar, de esta manera, una nueva victimización –de la misma o diferente víctima– habrá que imponer aquél que conlleve la menor aflicción para la libertad personal. La aplicación jurisdiccional del principio de necesidad punitiva provoca, cuando existen varios modelos de ejecución igualmente idóneos para neutralizar el riesgo de reincidencia y evitar una nueva victimización, una escalera axiológica compuesta de varios peldaños atendiendo al nivel de sacrificio que imponen al valor superior de la libertad:

– Los modelos de inexecución condicionada de la pena de prisión son preferibles al modelo de ejecución penitenciaria¹⁵.

– El modelo de inexecución condicionada simple –que únicamente contempla como condición que no se cometa un delito durante el plazo de suspensión– es preferible al modelo de inexecución condicionada sustitutiva –que contempla, como prestación obligada, la imposición de una multa o de trabajos en beneficio de la comunidad–.

15 Esta ubicación de lo penitenciario en la línea de cierre de los modelos de ejecución de la pena de prisión engarza con nitidez con un discurso constitucional, del que ya se hizo eco la STC 209/1993, de 28 de junio, que estima que el modelo de inexecución condicionada viene inspirado por la necesidad de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que, en tales casos, la ejecución de una pena de tan breve duración no sólo impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo.

– El modelo de inejecución condicionada simple sin contenido prestacional –por ausencia de deberes, prohibiciones o prestaciones– es preferible al modelo de inejecución simple con contenido prestacional –por la presencia de deberes, prohibiciones o prestaciones–.

– El modelo de inejecución condicionada simple con contenido prestacional menos aflictivo (atendiendo a los deberes, prohibiciones y prestaciones que se imponen) es preferible al mismo modelo con un contenido prestacional más aflictivo.

Por lo tanto, los objetivos preventivos que tratan de cumplirse tienen diferente juego axiológico. Así hay injustos penales que, en atención a la significación antijurídica del hecho, tienen asignados jurisdiccionalmente, a partir de la ley, penas de prisión cuya extensión temporal impide la articulación de modelos de ejecución diferentes al penitenciario. En estos casos, la ley penal entiende que la satisfacción del criterio de adecuación de la intensidad de la respuesta al significado antijurídico del hecho –vinculado, como ha quedado dicho, al objetivo de prevención general- únicamente es posible mediante el modelo de ejecución penitenciaria de la pena de prisión, no siendo factible, por lo tanto, que el cumplimiento de los criterios de protección victimal y reinserción social del infractor posibiliten la articulación de modelos de ejecución de la pena de prisión distintos al penitenciario por objetivos de prevención especial. En estos casos, en definitiva, la barrera de la extensión temporal de la pena de prisión constituye un límite de prevención general infranqueable, puesto que el legislador estima que la renuncia a la privación de la libertad repercutiría en la eficacia intimidatoria del Derecho penal¹⁶. Sin embargo, cuando el injusto penal tiene asignada jurisdiccionalmente, a partir de la ley, una pena de prisión cuya extensión temporal permite la implantación de los disímiles modelos de ejecución de la pena de prisión, se comunica que el criterio de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho no justifica la imposición del modelo de ejecución penitenciaria (en otras palabras, denota que los objetivos de prevención general pueden satisfacerse con diferentes modelos de ejecución de la pena de prisión). En estos casos, por lo tanto, será la idoneidad para neutralizar el riesgo de reincidencia –y de esta manera proteger a las víctimas y permitir una reinserción social del infractor en términos conciliables con el respeto a las leyes penales– los que determinen qué modelo de ejecución es factible, de

16 MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 616.

manera que entre modelos igualmente idóneos siempre habrá que optar –por aplicación del **principio de necesidad punitiva**– por el menos aflictivo para la libertad personal. Ello supone colocar en el último lugar al modelo de ejecución penitenciaria y elegir, entre los modelos de inejecución, aquél menos lesivo para el valor de la libertad. En otros términos: si bien el artículo 25.2 CE no consagra un derecho subjetivo a la resocialización, si concreta la proscripción de la privación de libertad inútil¹⁷.

Además la elección jurisdiccional del modelo apropiado de ejecución de la pena de prisión precisa que se adopte en un escenario institucional presidido por las garantías de audiencia al penado y de las partes procesales (valores de contradicción y escucha). También es precisa una calidad epistémica en la decisión mediante la aportación de los datos informativos necesarios para llenar de contenido a los criterios que dotan de sentido reglado a la decisión (sin que la presencia de los mismos constituya una carga exclusiva de las partes, conforme al modelo público de ejecución del que cabe predicar una oficialidad similar a la exigida por el artículo 2 LECrim para la instrucción).

3. LOS MODELOS DE INTERVENCIÓN PENAL Y LA JUSTICIA TERAPÉUTICA

La Justicia Terapéutica examina los efectos terapéuticos o antiterapéuticos que producen las leyes tanto en su fase de elaboración- cuando se construye el deber ser- como en su fase de aplicación- cuando se materializa el deber ser-. La traducción de este planteamiento en el orden penal se plasma en la opción por el diseño de líneas de actuación que o bien respondan al modelo de libertad o bien se adecúen al modelo de seguridad. Y ello porque el modelo de libertad tendencialmente apuesta por las posibilidades de reinserción social de las personas que han cometido un ilícito penal, lo que alimenta políticas públicas rehabilitadoras, mientras el modelo de seguridad apunta a la exclusión social de los autores de un ilícito penal, lo que fomenta políticas públicas inocuidadoras. A mi juicio, el modelo de libertad tiene efectos personales y sociales terapéuticos mientras que el modelo de seguridad produce consecuencias personales y sociales antiterapéuticas. Y ello porque el modelo de libertad persigue objetivos de prevención especial y general anclados en la confianza en neutralizar el riesgo de reincidencia a través de la incorporación

¹⁷ ORTS BERENGUER, E/GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal, Parte general*, 5^o edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 515.

del infractor a la comunidad social mientras el modelo de seguridad pretende alcanzar los mentados objetivos preventivos mediante la expulsión del infractor del tejido social. Aplicada esta concepción general al ámbito de la determinación y ejecución de las sanciones penales privativas de libertad –que es el objeto de esta reflexión– sostengo que el modelo de libertad propugna el principio de *necesidad punitiva* mientras el modelo de seguridad defiende el modelo de *merecimiento punitivo*. El principio de necesidad punitiva es una traducción al campo de la punición del paradigma de la mínima intervención penal y responde a una concepción de la defensa social de carácter inclusivo. Por el contrario el principio de merecimiento punitivo es una manifestación de la máxima intervención penal y cohonesta con una definición de la defensa social de carácter excluyente. El modelo de libertad, por lo tanto, trata de constreñir la intervención penal a lo imprescindible para prevenir delitos porque considera que en esta tarea de prevención delictiva sigue siendo la última *ratio* en manos del Estado, dado su carácter esencialmente afflictivo. Por ello defiende el principio de necesidad punitiva. El modelo de seguridad, por el contrario, expande la intervención penal a lo potencialmente útil para prevenir delitos porque estima que en la función de prevenir delitos es el instrumento más eficiente para contener el riesgo de recidiva, al margen de su afflictividad, lo que constituye el germen del populismo punitivo.

Los disímiles principios de necesidad punitiva y de merecimiento punitivo se manifiestan en el plano legislativo –a la hora de definir qué sanción penal corresponde a un ilícito penal– y en el orden judicial –en el momento de aplicar la sanción prevista para la infracción criminal–. Vamos a ceñir nuestra reflexión al plano de la aplicación judicial, atendiendo al objeto de la presente contribución.

El principio de necesidad punitiva, propio de una perspectiva de Justicia terapéutica, exige, en el campo de la aplicación de la pena (las medidas penales precisan un discurso propio, que se hará en otro apartado de este capítulo), que:

- En la determinación judicial de la clase de pena a imponer, cuando legalmente se contemple esta selección, se elija aquella pena que, siendo idónea para cumplir el objetivo de prevención general, sea la menos afflictiva para los derechos de la persona condenada. Por ello, la pena no privativa de libertad será preferible a la pena privativa de libertad.

- En la delimitación jurisdiccional de la extensión de la pena a imponer, cuando el objetivo de prevención general lo permita y sea factible atendiendo

al marco penal fijado por la ley, se fijará una extensión de la pena privativa de libertad que permita la implementación de modelos menos aflictivos para el derecho a la libertad de la persona condenada. Por ello, la extensión de la pena privativa de libertad que permita su inejecución condicionada será preferible a la extensión de la pena privativa de libertad que excluya este modelo de ejecución.

– En la configuración del modo de implantación del modelo de ejecución penitenciaria –el más aflictivo para el derecho a la libertad de la persona condenada– será preferible el tipo de ejecución penitenciaria que restringe en menor medida las posibilidades de interacción social del penado. Por ello, la clasificación en tercer grado será preferible a la clasificación en segundo grado y esta última será preferible a la clasificación en primer grado.

El principio de merecimiento punitivo, propio de una Justicia no terapéutica, conlleva en el campo de la aplicación de pena:

– Que en la selección jurisdiccional de la clase de pena, cuando ello sea legalmente posible, se elija aquella pena que cumpla el objetivo de prevención general, aunque sea más aflictiva para los derechos de la persona condenada. Por lo tanto, la pena privativa de libertad será preferible a la pena no privativa de libertad.

– Que en la delimitación jurisdiccional de la extensión de la pena se elija aquella duración que cumpla el objetivo de prevención general, aunque ello conlleve la implantación del modelo más aflictivo para el derecho a la libertad personal de la persona condenada.

– Que en la configuración del modelo de realización de la ejecución de la pena privativa de libertad se tenga en cuenta, de forma exclusiva o preferente, las necesidades de prevención general. De esta manera, la clasificación en segundo o primer grado será preferible a la clasificación en primer grado.

En la justicia terapéutica el juez, con una mentalidad transdisciplinar, es el agente institucional que posibilita la articulación de recursos terapéuticos. Para ello adopta, en cada caso, los remedios previstos legalmente que, por una parte, posibilitan el tratamiento facultativo y, por otra, dinamizan los servicios sociales de apoyo y control. En concreto, se sostiene que los jueces tratan de resolver el caso judicial actuando sobre el problema que los produce a través de actuaciones complementarias de diversa índole como:

– Conectando a los penados con los recursos comunitarios existentes.

– Motivándoles, a través de un uso creativo de la autoridad, a aceptar un tratamiento o seguir un proceso formativo o rehabilitador, fijando un marco de compromiso conductual y controlando su cumplimiento.

Se ha llegado a decir que son juzgados que aplican un planteamiento de salud pública a problemas sociales y conductuales que causan un sufrimiento individual y un deterioro en la calidad de vida de la comunidad¹⁸. Por ello busca en la ley penal los mecanismos que permiten la implementación de estrategias de rehabilitación que debiliten los factores criminógenos y coetáneamente vigoricen los mecanismos de protección del riesgo de recidiva. Se trata, en definitiva, de un ejercicio teleológico de la jurisdicción tendente a averiguar qué soluciones legales funcionan y porqué a partir de una premisa verificable: la ley y su aplicación puede producir consecuencias terapéuticas y antiterapéuticas.

4. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

Ha sido un punto en común en la doctrina señalar que el Código Penal establece un rígido sistema de determinación de la pena que limita al máximo el margen de actuación de los jueces a la hora de fijar la pena¹⁹, lo que se ha vinculado, entre otros factores, a una desconfianza del legislador en la actuación jurisdiccional²⁰.

En todo caso, en ocasiones la ley penal asigna a determinados injustos penales un elenco de penas alternativas. Así, entre otros, destacan, por su frecuencia en la estadística criminal: los delitos de lesiones dolosas (artículo 147.1 del Código Penal) e imprudentes (artículo 152.1 del Código Penal), el maltrato no habitual (artículo 153.1 y 2 del Código Penal), la amenaza leve en la relación de pareja o la relación intrafamiliar (artículos 171.4 y 5 del Código Penal), la coacción leve en la relación de pareja o intrafamiliar (artículo 172.2 del Código Penal), el delito de acoso (artículo 172 ter del Código Penal), el delito de abuso sexual (artículo 181.1 del Código Penal), el delito de acoso sexual telemático (artículo 183 ter del Código Penal), el delito de calumnia con publicidad (artículo 206 del Código Penal) o determinados delitos contra la seguridad vial (artículos 379.1 y 2, 384 y 385 del Código Penal). En estos supuestos, sin embargo, la ley penal no especifica los criterios que el Juez o

18 WESLER.D/WINICK.B, “La transformación del Papel de la Justicia” *www.the-rapeuticjurisprudence.com*.

19 O. STANCU/D. VARONA, “¿Punitivismo también judicial?: Un estudio a partir de las condenas penales por homicidio en España (2000-2013)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-12, 2017, p. 26.

20 J.L. DIEZ RIPOLLÉS, “El abuso...”, *cit.*, p. 13.

Tribunal tiene que tener en cuenta para imponer una u otra pena. Por ello, tal y como ha quedado anteriormente referido, va a ser la elección del modelo punitivo –el de necesidad o el de merecimiento– el que determine cuál de las disímiles penas legalmente previstas va a ser la impuesta. Si el modelo es el de necesidad punitiva, se va a optar por la pena menos aflictiva, lo que supone una estrategia claramente terapéutica para el penado, por el menor impacto que el cumplimiento de la pena conlleva para su programa de vida, y para la comunidad, por la disminución que ello supone de exclusión social. Si, por el contrario, el modelo es el de merecimiento punitivo, se elegirá la pena merecida, con independencia del nivel de aflicción que su imposición suponga para la persona condenada. Los efectos no serán, en tal caso, terapéuticos ni para el penado –mayor privación de opciones personales– ni para la sociedad –mayor riesgo de exclusión–.

Una vez que el Juez o Tribunal selecciona la pena que procede imponer –cuando la ley ofrece esta alternativa– la delimitación de su extensión concreta exige una adecuada motivación. Clarividente es, al respecto, el artículo 72 del Código Penal cuando determina que los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta. De ahí que la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas SSTC 170/2004, de 18 de octubre y 76/2007, de 16 de abril) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, SSTS 913/2016 de 2 de diciembre y 12/2017 de 19 de enero) de forma pacífica haya exigido, como parte de la motivación de las sentencias que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, que exista una explicación suficiente de la concreta pena que se impone. Es más, esta motivación alcanza el carácter de reforzada cuando la pena que se impone es privativa de libertad. Y esta última exigencia tiene una triple dimensión: cuando la ley penal contempla como alternativa la imposición de una pena no privativa de libertad habrá que razonar porque se impone una pena privativa de libertad (así SSTS 596/2013, de 2 de julio y 199/2017, de 27 de marzo); cuando se imponga una extensión de la pena privativa de libertad que excede del mínimo legal habrá que razonar el porqué de este exceso en la medida que es una consecuencia punitiva que no es un efecto necesario de la comisión del delito (por todas, SSTS 57/2018, de 1 de febrero y 329/2018, de 4 de julio) y, finalmente, cuando la ley permita una extensión de la pena de prisión que posibilite modelos de ejecución diferentes al penitenciario habrá que justificarse cumplidamente porqué se impone

la pena de prisión en una extensión que únicamente posibilita la ejecución penitenciaria, el modelo más aflictivo para la libertad personal.

Los criterios de motivación para adoptar estas decisiones vienen sintetizados en el artículo 66.1.6^a del Código Penal: cuando no concurren atenuantes ni agravantes –y por lo tanto no sean aplicables las reglas de individualización específicas para tales casos– los jueces y tribunales aplicarán la pena establecida por la ley por el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

Las circunstancias personales del autor de la infracción penal han sido identificadas, en las SSTS 116/2013, de 21 de febrero, 863/2016, de 16 de noviembre y 12/2017 de 19 de enero, con los motivos que han llevado a delinquir así como a los rasgos de la personalidad delictiva. En este plano procederá examinar el grado de motivación normativa de la persona condenada dentro de los parámetros de la imputabilidad no disminuida, dado que influye en el juicio de reproche por no haber desarrollado una conducta conforme a la norma, lo que justifica una menor penalidad. En sentido contrario, está justificada una mayor penalidad cuando existe una propensión del sujeto a violentar valores jurídicos tutelados por las normas penales derivado de condenas pretéritas que no permiten la apreciación de la agravante de reincidencia (en tal sentido, SSTS 158/2016 de 29 de febrero, 521/2016, de 16 de junio y 605/2017 de 5 de septiembre).

La gravedad del hecho no equivale a la gravedad del delito dado que esta última gravedad ya ha sido contemplada por la ley penal para fijar el marco penal que corresponde al delito. Se refiere, más bien, a circunstancias fácticas complementarias que delimiten la intensidad del injusto cometido, desde la perspectiva del desvalor de la acción y del resultado, así como la entidad del reproche asignable atendiendo, por ejemplo, al tipo de dolo desplegado. También podrán ponderarse actitudes posteriores a la comisión del delito que, sin dotar de contenido a atenuantes como el arrepentimiento o la reparación del daño, conllevan una cierta restauración del daño causado (así STS 12/2017, de 19 de enero).

5. LA EJECUCIÓN PENITENCIARIA

Tal y como ha quedado referido anteriormente la ejecución penitenciaria –como medio más aflictivo de realización de la pena privativa de libertad– va

a responder a postulados diferentes según impere el modelo de necesidad punitiva o rija el modelo de merecimiento punitivo. *En el modelo de necesidad punitiva* –propio de la Justicia terapéutica– la delimitación del contenido de la ejecución penitenciaria va a venir determinado por las necesidades de prevención especial. Por ello, cuanto más factible sea las posibilidades de integración del penado en el circuito social sin riesgo de reincidencia menor será la necesidad de que se restrinja la libertad de movimientos del mismo. Será, consecuentemente, las necesidades de prevención especial las que justifiquen la clasificación penitenciaria en grados que permitan espacios de libertad- segundo o tercer grado–. Por el contrario, *en el modelo de merecimiento punitivo* la delimitación del contenido de la ejecución penitenciaria se condicionará, en mayor o menor medida, a las exigencias generales de afirmación de la vigencia del ordenamiento jurídico. Por ello, en delitos de especial gravedad, no será factible la clasificación penitenciaria en grados que posibiliten espacios de libertad –segundo o tercer grado– sin que se haya cumplido un período de tiempo en privación de libertad.

La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante, LOGP) responde nítidamente al modelo de necesidad punitiva propio de la Justicia terapéutica. Así ya establece en su artículo 1 que las instituciones penitenciarias tienen como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad. Para la consecución de esta finalidad de reinserción social concibe el tratamiento penitenciario (artículo 59.1 LOGP) como el conjunto de actividades cuya finalidad es hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal²¹ y cuyas características principales radican en su carácter individualizado, programado, continuo y dinámico²² (artículo 62 c), g) y f) LOGP). La apuesta por el modelo de necesidad punitiva, propio de la Justicia tera-

21 El tratamiento, por lo tanto, debe respetar el derecho a ser diferente, a no exigir la asimilación por la persona privada de libertad de valores y actitudes sociales mayoritarias. J.C. RIOS MARTÍN, “La política penitenciaria para presos de ETA: legalidad constitucional frente a la interpretación vindicativa”, *Revista Jueces para la Democracia*, 2018, p. 67

22 Al respecto, es incuestionable que el éxito de este modelo precisa la implementación de una vigorosa política pública que garantice programas públicos de tratamiento en los centros penitenciarios que sean idóneos para neutralizar la reincidencia. En este sentido, J. L. DIEZ RIPOLLÉS señala que una política penal incluyente aspira a que los penados se encuentren, tras su contacto con los órganos de control penal, en iguales o mejores condiciones individuales y sociales para desarrollar voluntariamente una vida conforme con la ley. J.L.DIEZ RIPOLLÉS, “El abuso...”, cit., p. 5.

péutica, se percibe con nitidez en cuatro aspectos nucleares. El primero, la articulación entre el régimen y el tratamiento. El régimen no es configurado como un fin en sí mismo sino con un medio (las funciones regimentales serán consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas, dice el artículo 71.1 *in fine* LOGP) para el éxito del tratamiento (nuevamente, artículo 71.1 LOGP). El segundo, el diseño de la ejecución de las penas privativas de libertad conforme al sistema de individualización científica (artículo 72.1 LOGP), según el cual la clasificación penitenciaria se efectuará en grados a partir del estudio del penado que abarcará la personalidad, el historial individual, familiar, social y delictivo, la duración de la pena, el medio al que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento (artículo 63 LOGP). El tercero, la posibilidad de ser clasificado directamente en tercer grado, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden cuando esté en condiciones para ello por razones de prevención especial (artículo 72.3 LOGP). El cuarto, la prohibición de mantener a un interno en un grado de clasificación inferior cuando por la evolución del tratamiento se haga merecedor a la progresión (artículo 72.4 LOGP).

Por el contrario, el Código Penal, desde su aprobación en el año 1995, ha ido introduciendo espacios de normatividad dúctiles al modelo de merecimiento punitivo, de forma que ha derogado de facto muchas de las previsiones anteriormente referidas de la LOGP. Así el artículo 36.1 del Código Penal establece que cuando se imponga al penado la pena de prisión permanente revisable la clasificación del condenado en tercer grado no podrá efectuarse, en ningún caso, hasta que se cumpla veinte años de prisión efectiva si la condena es por delito de terrorismo o quince años de cumplimiento efectivo si la condena es por otro delito. En el primer caso el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de doce años de prisión y, en el segundo, de ocho años de prisión. Por su parte, el artículo 36.2 del Código Penal señala que cuando la duración de la pena impuesta sea superior a cinco años no podrá clasificarse al penado en tercer grado penitenciario hasta que haya cumplido la mitad de la pena impuesta si la condena es por alguno de los siguientes delitos: terrorismo, delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas o cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales, delitos de agresión y abuso sexual a menores de dieciséis años y delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores de trece años. En el resto de delitos, si la condena es a una pena superior a cinco años el juez o tribunal podrá

ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. En este último caso (no así en el anterior) el juez de vigilancia penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. Finalmente, el artículo 78.1 del Código Penal establece que si a consecuencia de la aplicación de los límites máximos de cumplimiento de las penas de prisión impuestas en el mismo o diferente proceso por delitos conexos la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que la clasificación en tercer grado se refiera a la totalidad de las penas impuestas. En estos casos, en la ejecución de la pena de prisión el Juez de Vigilancia penitenciaria podrá acordar la aplicación del régimen general de cumplimiento, previo pronóstico individualizado de reinserción social, y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, salvo que se trate de delitos referidos a organizaciones y grupos terroristas, delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, en cuyo caso únicamente se podrá acceder a la clasificación penitenciaria, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena²³.

Este elenco de disposiciones tienen como premisa entendimiento de que la única modalidad válida de cumplimiento de la pena de prisión es es la ejecución de la pena dentro de la prisión razón por la cual responden a la filosofía del cumplimiento íntegro²⁴. Consecuentemente, responden al modelo del merecimiento punitivo, derogando, de facto, el modelo de necesidad punitiva previsto en la LOGP.

23 La STS 413/2018, de 20 de septiembre indica que este precepto introduce un endurecimiento de la pena a través del sistema de cumplimiento que exige una motivación reforzada que precisa una explicación de las razones por las que el régimen general de cumplimiento no es suficiente para contener la probabilidad de comisión de nuevos delitos de similar naturaleza por el penado.

24 C. RODRÍGUEZ YAGUE, “UN análisis de las estrategias contra la sobrepoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-05, 2018, p. 20.

6. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LA SALUD MENTAL

6.1. La imputabilidad

El juicio de imputabilidad depende de que al sujeto activo se le pueda reprochar el delito cometido Y, para ello es preciso que esté en condiciones personales de ser motivado por la ley penal, concepción compatible con el modelo de prevención comunicativa.

El Código Penal estima que no es imputable: quien padece una alteración o anomalía psíquica que le impide comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (artículo 20.1^a). Si, presente la anomalía o la alteración psíquica, se produce una limitación de la capacidad de comprensión del carácter prohibido del hecho o de la capacidad para orientarse en los términos exigidos por la ley penal, existirá una imputabilidad disminuida que se incardina en los artículos 21.1^o ó 21.7^o del Código Penal.

El modelo legal referido responde al denominado sistema mixto, en el que confluyen un elemento biológico-psicológico y otro normativo. El elemento biológico-psicológico se describe en términos laxos. Frente a la fórmula legal anterior (que hablaba de enajenado mental) la ley penal vigente exige la presencia de una anomalía o alteración psíquica, lo que ha permitido sostener que se trata de una fórmula abierta en la que encuentran cabida todas las desviaciones psíquicas. El elemento normativo precisa que el sujeto, a causa de la anomalía o alteración psíquica, no sea susceptible de motivación por la norma penal, Y esta situación acaece cuando la persona tiene modificada o la capacidad para comprender la ilicitud del hecho que se realiza, o la capacidad para auto-conducirse en términos compatibles con el cumplimiento de la prohibición o mandato contenido en la ley penal o ambas de forma coetánea (por todas, STS 932/2013, de 4 de diciembre).

Desde esta perspectiva, una persona que presenta una anomalía o alteración psíquica y comete un injusto antijurídico puede encontrarse, desde el prisma exigido por el juicio de imputabilidad conforme al modelo mixto, en una triple situación:

- Con una nula o nimia capacidad para ser motivado por la norma penal. En este caso, carece de capacidad de culpabilidad. Por lo tanto, no se le puede reprochar el hecho antijurídico cometido, lo que impide imponer una pena. Habrá que plantearse si procede la aplicación de una medida de seguridad, sanción penal que precisa, como analizaremos a continuación, la apreciación de una peligrosidad criminal.

– Con una limitada capacidad para ser motivado por la norma penal. En este supuesto, la capacidad de culpabilidad está restringida y, consecuentemente, el reproche por el acto antijurídico cometido menguado, lo que justifica la fijación de una pena atenuada. Ésta última pena puede convivir con una medida de seguridad siempre que, además del reproche devaluado, exista una peligrosidad criminal.

– Con una plena capacidad para ser motivado por la norma penal. En esta hipótesis el sujeto es plenamente imputable, lo que legitima la imposición de la pena ordinaria. Sin embargo, sigue padeciendo una anomalía o alteración psíquica. Por ello conviene que en la sentencia se recoja este extremo para permitir la actuación individualizada y específica en el marco de la ejecución penitenciaria.

El modelo de imputabilidad referido precisa el aporte al proceso de información de calidad sobre tres extremos:

– Las características de la alteración o anomalía psíquica del sujeto al que pertenece el hecho.

– Su influencia cuando se produjo el hecho en la capacidad de comprensión del sujeto de que lo realizado estaba prohibido o en la capacidad de actuación en términos compatibles con la vigencia de la prohibición y

– La presencia de riesgos definidos de comisión de nuevos ilícitos penales y la necesidad de neutralizar los mismos acudiendo a una específica medida de seguridad.

Y precisamente en el plano de la aportación informativa al proceso se encuentra una de las mayores deficiencias en la aplicación del sistema normativo. Ilustrativo, al respecto, resulta el Informe extraordinario del Ararteko de 2014 sobre la Atención sociosanitaria a la Salud Mental de las personas privadas de libertad en la Comunidad Autónoma del País Vasco. En el mismo, entre otras, se contiene, como recomendación, la mejora de la instrucción de los procedimientos judiciales para evitar que pasen inadvertidas situaciones de enfermedad mental, proponiendo que, ante la presencia del mínimo indicio razonable de la existencia de alguna patología, se practiquen las diligencias periciales y psicológicas oportunas por los médicos-forenses especializados.

Y a la denunciada invisibilidad ha contribuido, entre otros factores, una cultura jurídica que estima que los datos referidos a la capacidad de culpabilidad del sujeto es una carga que únicamente compete cumplir a él y a su defensa, cerrando, de esta manera, toda opción a una actuación proactiva de los operadores públicos. Y muestra significativa de esta cultura es una línea

jurisprudencia plasmada, entre otras en la STS 544/2016, de 21 de julio, que afirma lo que sigue: “(...) *las causas de inimputabilidad como excluyentes de la culpabilidad (realmente actúan como presupuestos o elementos de esta última) en cuanto causas que enervan la existencia del delito (por falta del elemento culpabilístico) deben estar tan probadas como el hecho mismo y la carga de la prueba, como circunstancias obstativas u obstaculizadoras de la pretensión penal acusatoria que son, corresponde al acusado en quien presumiblemente concurren. Los déficits probatorios no deben resolverse a favor del reo, sino en favor de la plena responsabilidad penal*”.

Sin embargo, la investigación judicial abarca a todas las actuaciones practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los investigados (artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y a las autoridades y funcionarios que intervienen en el procedimiento penal corresponde cuidar de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo (artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Por lo tanto, lo exigible es que, sin perjuicio de los elementos adicionales que puedan provenir del propio investigado o su Defensa, a los órganos públicos encargados de la investigación les competa, en aquellos casos en los que se atisben indicios fundados de la existencia de algún trastorno o alteración psíquica que pueda influir en su imputabilidad, acordar lo preciso para que se aporte al proceso la información necesaria para formar un juicio fundado al respecto. En esta línea, otra perspectiva jurisprudencial es la ofrecida en las SSTS 326/2018 de 3 de julio y 716/2018 de 16 de enero de 2019, cuando determina que “*la garantía constitucional de presunción de inocencia no soporta una discriminación entre los hechos según favorezcan a una u otra parte. Cualquiera que sea el hecho sobre el que no se alcanza la certeza objetiva, si de él depende la condena (culpabilidad) o la absolución (no culpabilidad) del acusado, ha de constar con idéntica certeza objetiva, es decir más allá de toda duda razonable*”. Y de esta manera, concluye que la causa de exención introducida en el debate “*por su transcendencia para decidir sobre la culpabilidad y subsiguiente condena, su exclusión ha de contar con igual certeza que el hecho típico, el elemento subjetivo o cualquier otro elemento que determine la condena, ya que, de lo contrario, faltará la certeza objetiva que la presunción de inocencia exige sobre un aspecto del elemento subjetivo (el que da lugar a la imputabilidad) del delito, ya que al respecto habrá surgido una duda razonable*”.

6.2. La inimputabilidad con riesgo criminal

Tal y como ha quedado explicitado, en la previsión e imposición de las medidas de seguridad como específica respuesta a la peligrosidad criminal posdelictual confluyen dos modelos antitéticos de los que cabe predicar sus efectos terapéuticos o antiterapéuticos (perspectiva propia de la Justicia Terapéutica).

Así, *el modelo de seguridad* responde a una idea de defensa social excluyente, en la que se segrega o excluye al infractor. Por ello sus notas referenciales son fundamentalmente tres:

- La existencia de una peligrosidad ontológica: se es, por lo tanto, peligroso.

- La vinculación de la protección de la sociedad a la aplicación de recursos punitivos que permitan la neutralización de quien es peligroso y, como inferencia lógica de ambas premisas,

- La implementación de estrategias de custodia permanente sin pautas terapéuticas dado que no está justificado desarrollar programas rehabilitadores para quien es peligroso.

Por su parte *el modelo de libertad* es fruto de una idea de defensa social incluyente, en la que se pretende integrar al infractor. Con esta premisa sus elementos caracterizadores son otros tres:

- La presencia de una peligrosidad coyuntural; se deviene, por lo tanto, peligroso, a partir de la presencia de determinados factores de riesgo delictivo y la ausencia de adecuados factores de protección de ese riesgo.

- La conexión de la protección de la sociedad con la introducción de estrategias rehabilitadoras que eliminen o atenúen de forma significativa el riesgo de reincidencia y/o refuercen los factores de protección y, finalmente,

- La introducción, si fuera necesario, de estrategias de custodia temporal con contenido rehabilitador para la obtención de la recuperación social del infractor.

El modelo de libertad es el predicado por la Justicia Terapéutica: la peligrosidad es una situación o estado de la persona, no una forma de ser de la misma, cuya neutralización precisa implementar programas conductuales -de carácter facultativo, formativo y social- destinados a su incorporación comunitaria. El modelo de seguridad es el auspiciado por la Justicia Correctiva o Expresiva que estima la peligrosidad como un elemento inherente al infractor cuya inocuización precisa de la exclusión de la dinámica social.

A partir de este análisis: el modelo de intervención penal que el Código Penal diseña para las personas que tienen una enfermedad mental: ¿es un modelo de libertad, propio de la Justicia Terapéutica, o un modelo de seguridad, característico de la Justicia Correctiva? Creo que es diferente la respuesta según analicemos el tratamiento legal de los inimputables o semi-imputables peligrosos o examinemos la respuesta a los imputables peligrosos.

El planteamiento legal en los casos de imputabilidad excluida o disminuida es acorde con los postulados de la Justicia Terapéutica, y por tanto con el modelo de libertad, cuando se integran de forma coordinada dos sistemas: el jurídico y el de salud.

Al sistema jurídico le corresponde plasmar el **valor Justicia** fijando la medida correspondiente conforme a lo establecido en la ley y a la luz de las exigencias del principio de proporcionalidad.

Desde esta perspectiva, el Código Penal exige que:

- La medida de seguridad no resulte más gravosa ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido (artículo 6.2).

- La medida privativa de libertad sólo se acuerde cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido fuese privativa de libertad (artículo 95.2) y

- La medida privativa de libertad no exceda del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto fijará el Juez o Tribunal en la sentencia ese límite máximo (artículos 101 a 104).

Estas exigencias no se fundan en razones terapéuticas sino jurídicas: su premisa no es la idoneidad rehabilitadora de la medida; radica en la proporcionalidad de la respuesta. Así, en ocasiones, la peligrosidad criminal del sujeto precisa para su tratamiento una privación de libertad y, sin embargo, no se puede acordar el internamiento porque el delito cometido no tiene asignada una pena de prisión, o, acordándose el mismo, no se mantiene, aun siendo necesario que la persona sometida a la misma siga el tratamiento privado de libertad, porque la duración excede de los límites de la pena contemplada para el delito cometido.

Al sistema de salud le compete trasladar **el valor terapéutico** en la fase previa a la adopción de la resolución judicial y en la fase posterior a la emisión de la resolución judicial. En la fase previa a la resolución judicial aportando al proceso información sobre tres extremos:

- La clase de anomalía o alteración psíquica que padece el sujeto.

- Las características específicas de la misma y
- El tratamiento más adecuado.

Esta información deberá ser objeto del dictamen pericial a realizar por los peritos médicos integrantes de los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses (artículo 479.5 a de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

En la fase posterior a la emisión de la resolución judicial:

- Indicando qué recurso asistencial es el más adecuado para el cumplimiento de la medida fijada judicialmente e
- Informando periódicamente al sistema judicial sobre la evolución del cumplimiento de la medida en los términos explicitados en los artículos 97 y 98 del Código Penal.

La misma sinergia entre la Justicia (los jueces) y la Terapia (los médicos psiquiatras y psicólogos) se tiene que producir cuando en un caso de imputabilidad disminuida con peligrosidad criminal se imponen al sujeto que ha cometido un delito, de forma cumulativa, la pena de prisión atenuada, por su menor capacidad de culpabilidad, y la medida de internamiento, por su peligrosidad criminal. Y ello porque, tal y como dispone el artículo 99 del Código Penal, en tales casos se cumple en primer lugar la medida de seguridad (prevalencia, por tanto, del criterio terapéutico), el tiempo de cumplimiento de la medida se abonará para el de la pena y, cumplida la misma, si queda todavía pena por extinguir, el Juez o Tribunal resolverá si procede suspender el cumplimiento del resto de la pena o conviene aplicar alguna medida no privativa de libertad.

6.3. La imputabilidad con riesgo criminal

La medida de libertad vigilada prevista para los sujetos imputables responde a modelos distintos, según el régimen en el que nos encontremos.

Así, la regulación contenida en la LO 5/2010 responde al modelo de seguridad y se aleja, como tal, de los postulados de la Justicia Terapéutica, para ubicarse en las premisas de la Justicia Correctiva. Y ello porque es preceptiva la imposición cumulativa de la pena de prisión y la medida de seguridad de cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad para los sujetos imputables peligrosos. Por lo tanto, se presume *ex lege* la peligrosidad de quien comete un delito contra la libertad o indemnidad sexual o un delito de terrorismo sin que, por lo tanto, se verifique, en cada caso, si en el autor de unos estos ilícitos penales existe una probabilidad de que cometa en el futuro otros

delitos de la misma naturaleza (tendencia criminal específica) o, en su casos, de distinta naturaleza (tendencia criminal genérica). El modelo es, por lo tanto, de seguridad. De ahí que se estime inherente la peligrosidad del sujeto a partir de la clase de infracción cometida. A estos efectos, la excepción a la imposición preceptiva tampoco supone una apuesta por el modelo de libertad, propio de la Justicia Terapéutica, dado que el elemento determinante no es el análisis de si existe una probabilidad apreciable de que el sujeto cometa nuevos delitos sino, más bien, si el delito cometido es único y menos grave (entidad del ilícito cometido, por lo tanto), al que se añade, en su caso, como elemento complementario, que sea delincuente primario (primera incursión en el delito).

El modelo introducido por la LO 1/2015, sin embargo, sí es más propio de la Justicia Terapéutica, dado que la imposición de la medida de libertad vigilada de cumplimiento sucesivo a la pena de prisión no es preceptiva, sino facultativa, y, por lo tanto, en los delitos en los que se prevé su vigencia (homicidio-asesinato, violencia de género o intrafamiliar habitual y lesiones intrafamiliares), corresponde al Juez o Tribunal determinar si existe un riesgo definido de comisión de nuevos ilícitos penales que justifique su implantación. Por lo tanto, no se presume la peligrosidad criminal sino que es preciso acreditar la misma.

6.4. La inimputabilidad sobrevenida

El artículo 60 del Código Penal regula el supuesto de la inimputabilidad sobrevenida, definiendo como tal la que se aprecia después de pronunciada sentencia firme. Una exégesis de este precepto permite diferenciar tres planos: la delimitación de los presupuestos que justifican aplicación, las consecuencias jurídicas que en el mismo se describen como de imposición obligatoria y, finalmente, los efectos que son factibles declarar tras la aplicación de las mentadas consecuencias jurídicas.

Los presupuestos que justifican la aplicación del artículo 60 del Código Penal son los que siguen:

– *Que se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave.* Es preciso, por lo tanto, que el aporte informativo de los informes médico-psiquiátricos y dictámenes periciales al proceso de ejecución denoten que el penado sufre un síndrome caracterizado por una alteración clínicamente significativa del estado cognitivo, la regulación emocional o el compor-

tamiento que refleje una disfunción de los procesos psicológicos y biológicos del desarrollo que subyacen en su función mental. El mentado trastorno encontrará acomodo en la Clasificación Internacional de Enfermedades elaborado por la Organización Mundial de la Salud (C.I.E, que se encuentra en su 10ª revisión) y, consecuentemente, responderá a los parámetros propios de una patología persistente y, en muchos casos, crónica. Preferentemente se tratará de trastornos psicóticos caracterizados por la pérdida de un juicio correcto de la realidad, acompañado de ideas delirantes, alucinaciones, labilidad o ambivalencia emocional, aislamiento social y alteraciones en las relaciones interpersonales así como en su comportamiento. En este contexto las ideas auto-agresivas o hetero-agresivas tienen especial presencia.

– *Que el trastorno mental grave diagnosticado impida al penado conocer el sentido de la pena.* Por lo tanto, la disfunción cognitiva detectada en el penado impide que la pena de prisión cumpla, respecto al mismo, los objetivos preventivos que constitucionalmente (artículo 25 CE) y legalmente (artículo 1 LOGPJ) tiene asignados, tanto desde la perspectiva de reafirmación del ordenamiento jurídico (prevención general positiva) como desde la óptica de la reincorporación del penado al entramado comunitario en términos compatibles con el respeto a la ley penal (prevención especial).

– *Que la apreciación del trastorno mental grave en el penado tenga lugar después de pronunciada la sentencia firme.* El diagnóstico del trastorno mental tiene lugar en un momento jurídico-procesal, por lo tanto, en el que no es factible la imposición de una medida de seguridad conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y 95 y siguientes del Código Penal. Y ello porque la apreciación de la inimputabilidad o imputabilidad disminuida únicamente puede tener lugar en sentencia (no así la apreciación de la peligrosidad criminal postdelictual que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha permitido se perfile en la fase de ejecución de sentencia).

Cuando concurren estos presupuestos el artículo 60 del Código Penal dispone que el Juez de Vigilancia Penitenciaria adopte las siguientes consecuencias:

– Suspenda la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, dado que la misma no puede cumplir los fines preventivos que tiene asignados, restando, por lo tanto, únicamente el componente estrictamente afflictivo de la pena, situación, esta última, propia de un modelo exclusivamente retributivo, que no es el modelo constitucionalmente pergeñado en el artículo 25 CE.

– Garantice que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en el Código Penal que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Por lo tanto: permitirá una atención adecuada del grave y duradero trastorno mental mediante el ingreso en un centro o establecimiento adecuado a la alteración o anomalía psíquica que padezca el penado (perspectiva terapéutica) y, además, se asegurará de que la medida impuesta no será más gravosa que la pena sustituida (perspectiva jurídica).

Es decir, presentes los presupuestos justificativos de su aplicación, el artículo 60 del Código Penal no autoriza a que el Juez de Vigilancia Penitencia pondere cuál es el marco consecucional que tiene que implementar sino que, más bien, delimita cuál es el marco consecucional que está obligado a introducir: suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad y garantizará la asistencia médica precisa al penado, dice el precepto. La función ponderativa del Juez de Vigilancia Penitenciaria se circunscribe, por lo tanto, a la comprobación de que concurren los presupuestos de aplicación del artículo 60 del Código Penal: presencia en el penado de un trastorno mental grave y duradero que le impide conocer el sentido de la pena privativa de libertad.

Finalmente, una vez impuestas las consecuencias, la evolución del tratamiento médico, que deberá ser objeto de una evaluación periódica, puede provocar dos situaciones:

– Que el penado sometido a la medida de seguridad asistencial no recobre la salud mental antes de la extinción de la medida de seguridad impuesta. En este caso el Juez de Vigilancia Penitenciaria lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal con suficiente antelación para que, en su caso, inste un proceso de discapacidad en el que puede autorizarse un internamiento civil, si fuera preciso el tratamiento médico en privación de libertad.

– Que el penado sometido a la medida de seguridad recobre la salud mental antes de la extinción de la medida de seguridad impuesta. En este caso, si no hubiera prescrito la pena, el Juez o Tribunal acordará el cumplimiento de la pena o, atendiendo a razones de equidad, decidirá dar por extinguida la pena o reducirá su duración. Para ello el Juez o Tribunal aplicará un criterio de estricta proporcionalidad punitiva, dado que su decisión depende de que estime que el cumplimiento de la pena de prisión resulte necesario para el cumplimiento de los objetivos preventivos y, además, no sea contraproducente para la salud mental del penado.

BIBLIOGRAFÍA

- BARBERET, R., “La prevención general y especial”, *Cuadernos de Derechos Judicial*, XV, 1997.
- BRANDARIZ, J.A., *El modelo gerencial actuarial de penalidad*, Dykinson, Madrid, 2016.
- BUSTOS, J.J/HORMAZÁBAL, H., *Nuevo sistema de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, 2004.
- DE LA CUESTA, J.L., “Mundialización y Justicia Penal”, *Anales Internacionales de Criminología*, 2003.
- DEL ROSAL B., “Hacia un derecho Penal de la postmodernidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-08, Granada, 209.
- DEMETRIO CASTRO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Universidad de Salamanca, 1999.
- DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “El nuevo modelo de la seguridad ciudadana”, *Revista Jueces para la Democracia*, 49, 2004.
- DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “El abuso del sistema penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-01, 2017.
- JORGE BARREIRO, J., “Directrices político criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, *Actualidad Penal*, 23, 2000.
- HASSEMER, W., *¿Por qué castigar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- KURY, H. “Sobre la relación entre sanciones y criminalidad o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas?”, *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.
- LARRAURI, E., “La economía política del castigo”, *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, 11-06, Granda, 2009.
- LASCURAIN, J.A., “Veinte años de penas”, *Revista Jueces para la Democracia*, 89, 2017.
- MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991.
- MORILLAS CUEVA, L., “Valoración Político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, 2003.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAT, J.L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- PETTIT, *Republicanism*, Paidós, Barcelona, 1999.
- POZUELO, L., *La política criminal mediática: génesis, desarrollo y costes*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- RIOS MARTIN, J.C., “La pena de prisión permanente revisable. La suspensión y sustitución de las penas”, *Cuadernos Penales José María Lidón*, 10, Bilbao, 2014.
- RIOS MARTÍN, J.C., “La política penitenciaria para presos de ETA: legalidad constitucional frente a la interpretación vindicativa”, *Revista Jueces para la Democracia*, 2018.
- RODRÍGUEZ YAGUE, C., “Un análisis de las estrategias contra la sobrepoblación peniten-

- ciaria en España a la luz de los estándares europeos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-05, 2018.
- RUBIO LARA, P.A, *Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- SAMPEDRO ARRUBLA, J.A, *La humanización del proceso penal*, Legis, Bogotá, 2003.
- SILVA, J.M., “Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones en el Código Penal Español”, *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001.
- SILVA, J.M, *En busca del Derecho Penal*, B de f, Buenos Aires, 2015.
- SUBIJANA, I.J., *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Comares, Granada, 2006.
- STANCU, O./VARONA, D., “¿Punitivismo también judicial?: Un estudio a partir de las condenas penales por homicidio en España (2000-2013)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-12, 2017.
- WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria*, Alianza, Madrid, 2000.
- WESLER.D/WINICK.B, “La transformación del Papel de la Justicia” *www.therapeuticjurisprudence.com*.
- ZAFFARONI, E.R. , *En torno de la cuestión penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005.

CAPÍTULO XI

A PROPÓSITO DE LA SUSPENSIÓN AMPLIADA DE LA PENA: ALGUNAS NOTAS SOBRE EL ACUERDO ALCANZADO EN VIRTUD DE MEDIACIÓN

Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas
Profesor Titular de Derecho penal
Universidad de Santiago de Compostela

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA SUSPENSIÓN ORDINARIA. 3. LA REPARACIÓN, EL ESFUERZO POR REPARAR Y LAS POSIBILIDADES QUE OFRECE LA MEDIACIÓN EN EL TERRENO DE LA RESOCIALIZACIÓN DEL PENADO. 4. EL CUMPLIMIENTO DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN COMO CONDICIÓN DE LA SUSPENSIÓN AMPLIADA. 5. ¿PODRÍA LA MEDIACIÓN OPERAR COMO SUSTITUTIVO DE LA MULTA O DE LOS TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD EN EL MRCO DE LA SUSPENSIÓN AMPLIADA?. 6. EL ACUERDO ALCANZADO EN VIRTUD DE MEDIACIÓN Y LA REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN AMPLIADA. 7. MEDIACIÓN, SUSPENSIÓN AMPLIADA Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.

1. INTRODUCCIÓN

A diferencia de los procedimientos judiciales convencionales, la mediación penal es un instrumento esencialmente participativo, que aspira a encontrar una salida al conflicto generado por el delito a partir de un proceso comunicativo¹. Da cobertura a las dinámicas emocionales que afloran en cual-

1 Sobre las posibilidades y límites de la mediación en el sistema penal pueden verse, por ejemplo, PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Granada, 1999, passim; HERRERA MORENO, Myriam, “Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 6, 1996, pp. 377 y ss.; LARRAURI PIJOÁN, Elena, “Tendencias actuales de la Justicia Restauradora” en *In Memoriam Alexandra Baratta* (ed. PÉREZ ÁLVAREZ), Salamanca, 2004, pp. 439 y ss.; ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?”, *Revista Penal*, n.º 18, 2006, pp. 55 y ss.; GORDILLO SANTANA, Luis, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, 2007, passim; DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “Justicia restaurativa y mediación penal”, *Revista de Derecho penal*, n.º 23, 2008, pp. 33 y ss.; BARONA VILAR, Silvia, “Mediación penal como pieza del sistema de tutela penal en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocializa-

quier procedimiento de resolución penal y le proporciona una valiosa ayuda a la víctima a la hora de sobreponerse al delito sufrido, en la medida en que le permite trasladarle directamente al infractor sus miedos o angustias y recibir su empatía y compasión, su arrepentimiento y su disposición a disculparse y a reparar los perjuicios. Todo ello puede contribuir, además, a disminuir la humillación sufrida por ella misma y, de esta manera, a neutralizar sus deseos posibles de venganza y a que comprenda –que no a que justifique– la situación del infractor, predisponiéndola a reconciliarse con él.

Al propio tiempo, el diálogo sobre las consecuencias negativas producidas por el delito en la víctima le ayuda también al agresor a identificarse con su conducta -al comprender su gravedad- y contribuye a despertar en él una sensación de abochornamiento conocida con el nombre de “vergüenza restaurativa”². Bajo esta expresión se esconde uno de los retos y principios clave de cualquier proceso terapéutico-restaurativo: el de transmutar las valoraciones negativas ínsitas en los sentimientos de vergüenza en un elemento constructivo, que sirva para reintegrar al autor en la comunidad social. Harris, Walgrave y Braithwaite la presentan como la valoración negativa acerca de la propia persona que sigue al remordimiento por el daño ocasionado a terceros, atribuyéndole –frente a la “vergüenza desintegradora” o estigmatizante– un triple componente de efectividad: desde los puntos de vista de la consecución de un acuerdo, de la reintegración del delincuente en la comunidad y de su disuasión para evitar que reincida en su acción³.

Es verdad que la puesta en práctica siempre irá acompañada de dificultades y obstáculos. Las condiciones en que frecuentemente se desarrolla (en locales judiciales o anexos a los judiciales e impregnados del ambiente y de los ritualismos rígidos que los rodean) conllevan, por ejemplo, un riesgo no desdeñable de estigmatización. Además, sin el respaldo de sus parientes y allegados será más difícil que el autor llegue realmente a experimentar remordimiento, vergüenza o el deseo de disculparse. Lo mismo debe decirse de la capacitación de los mediadores para fomentar la interacción entre víctima y agresor y orientar el procedimiento hacia el diálogo, que condicionará de manera rotunda las posibilidades de éxito del procedimiento...

ción y la justicia restaurativa”, *Revista de Derecho penal*, n.º 26, 2009, pp. 11 y ss.; CANO SOLER, María Ángeles, *La mediación penal*, Cizur Menor (Navarra), 2015, *passim*.

² Vid. ESQUINAS VALVERDE, “La mediación...”, *cit.*, p. 85.

³ Vid. HARRIS, Nathan, WALGRAVE, Lode y BRAITHWAITE, John, “Emotional dynamics in restorative conferences”, *Theoretical Criminology*, vol. 8 (2), 2004, pp. 197 y ss.

Independientemente de ello, no obstante, presenta una serie de rasgos que deben ponerse en valor: su aspiración a “hacer justicia” en un sentido interno y subjetivo; el tratarse de un procedimiento objetivo de reconciliación que implica a las víctimas (e, inevitablemente, a sus entornos afectivos y familiares) en el tratamiento del delito y de sus consecuencias; y, por último, su capacidad para recoger y reflejar las expectativas que tiene la propia sociedad –a la altura del siglo XXI– con relación a que la víctimas jueguen un rol en la pacificación del sistema social, lo que la convierte, a su vez, en instrumento de mejora de la imagen de la justicia como institución.

Aunque el Código penal español contempla delitos y consecuencias jurídicas (de diverso orden) inspirados en la necesidad de atender a la situación de las víctimas, nunca se ha mostrado particularmente receptivo a los axiomas y criterios propios de la justicia terapéutica, suscitando con ello críticas y reservas⁴. La entrada en vigor de la LO 1/2015 trajo consigo, sin embargo, avances significativos, en ese terreno, con relación a la regulación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad⁵: se le ha atribuido mayor discrecionalidad al órgano judicial, permitiéndole, por ejemplo, entrar a valorar la relevancia de la comisión de delitos anteriores a la hora de conformar el pronóstico de reinserción social del individuo; en los supuestos de drogodependencia se ha contemplado la posibilidad de que las recaídas sufridas por el sujeto, en el proceso de deshabitación, no supongan la revocación automática del beneficio, desvinculando esa circunstancia de su voluntad (o falta de voluntad) real de resocializarse; se ha dejado mayor margen de decisión al juez o tribunal para condicionar la suspensión al cumplimiento de las prohibiciones y deberes impuestos al sujeto, permitiéndole alzarlos, modificarlos o sustituirlos en consideración a sus circunstancias, su evolución y la eficacia de las medidas adoptadas hasta el momento; entre las causas de revocación se han incluido circunstancias como la facilitación de información inexacta o

4 Vid. TAMARIT SUMALLA, Josep María, “Hechos postdelictivos e individualización de la ejecución”, en *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena* (eds. ASÚA BATARITA y GARRO CARRERA), Bilbao, 2009, p. 123. Vid. también LARRAURI PIJOAN, Elena, “Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIX, 1996, p. 214.

5 Vid. PILLADO GONZÁLEZ, Esther, “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad como manifestación de la justicia terapéutica en el proceso penal español”, *Direito e Inovação*, vol. 3, n^o 3, pp. 17 y ss.; PÉREZ RIVAS, Natalia, “El cumplimiento del acuerdo mediatorio como condición de la suspensión excepcional de la pena”, en *Nuevo proceso penal sin Código procesal penal* (AA.VV.), en prensa, pp. 561 y ss.

insuficiente sobre el patrimonio o el incumplimiento del compromiso de pago de las responsabilidades civiles; y, por último, y en el marco de la suspensión extendida de la ejecución de la pena, se ha reconocido efectos jurídicos directos al cumplimiento de los acuerdos alcanzados en el seno de los programas de mediación, en tanto alternativa válida al resarcimiento económico (art. 80.3).

En el origen de esta última decisión, que será objeto de análisis en este trabajo, se hallan diversos factores. Entre ellos se cuenta, indudablemente, el hecho de que los programas de mediación penal de adultos se sitúan, desde hace años, en el punto de mira de la actual política-criminal europea, como complemento o, incluso, alternativa al sistema clásico de justicia penal. La Recomendación nº R (99) 19, la Decisión Marco 2001/220/JAI y la Directiva 2012/29/UE y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, son buena prueba de la gran receptividad mostrada por el ordenamiento jurídico europeo en este ámbito.

Pero el acceso de la mediación al art. 80. 3 se explica también a partir del hecho de que la Directiva anteriormente citada obliga a los Estados de la Unión Europea a adoptar medidas para proteger a las víctimas contra la victimización secundaria, para garantizar que aquellas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a ellos, fijando el 16 de noviembre de 2015 (art. 27) como fecha última para poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias. Dando respuesta a esta exigencia, el artículo 15.1 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, les reconoce el derecho a acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, creando, con ello, el contexto normativo propicio para atribuirle un papel significativo en relación con la suspensión de la pena.

Por último, debe destacarse el rol jugado por las críticas dirigidas contra algunos aspectos de la regulación de la propia suspensión en el Código penal de 1995. Efectivamente, el llamado Código penal de la Democracia había modificado los requisitos necesarios para acordarla, al añadir la exigencia de que el penado hubiese satisfecho previamente las responsabilidades civiles derivadas del delito (art. 81.3^a). En opinión de un sector de la doctrina esa mención impedía, sin embargo, dar cabida a otras formas (simbólicas) de reparación, como la petición de perdón o la participación en programas de mediación.

2. LA SUSPENSIÓN ORDINARIA

La suspensión es uno de los principales instrumentos con que puede eludirse el cumplimiento de las penas privativas de libertad. Hace posible que, tras haberse dictado la correspondiente sentencia de condena, el órgano judicial autorice su no ejecución, siempre y cuando concurran determinados requisitos que apuntan a que la entrada en prisión no es imprescindible para evitar que se produzca reincidencia.

Tras la reforma sufrida por el Código penal como consecuencia de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha visto considerablemente ampliado su radio de acción, comprendiendo, además de otros supuestos de nuevo cuño, los anteriormente regulados bajo las denominaciones de sustitución de la pena de prisión y libertad condicional. Ese dato, junto con la inclusión de la mediación en el listado de prestaciones o medidas a cuyo cumplimiento podría condicionarse, hace que su análisis revista un interés indudable a la hora de analizar el rol de la justicia terapéutica en la fase de ejecución penal. A lo que se acuerda por las partes en virtud de mediación, en concreto, le puede corresponder un doble papel: que condicione la suspensión ordinaria (art. 84.1.1^a); y que haga lo propio en la suspensión ampliada, homologándose en este segundo caso y a esos efectos a la reparación del daño y a la indemnización del perjuicio (párrafo segundo del art. 80.3).

A través de la suspensión de la ejecución puede eludirse la ejecución de la pena privativa de libertad de dos maneras: dejando en suspenso el ingreso en prisión del penado, acompañando o no dicha decisión de la imposición de determinadas prohibiciones, deberes, prestaciones o medidas (art. 80.2, en relación con los arts. 83 y 84 CP); o bien llegando al mismo resultado, pero con la imposición del deber de realizar alguna prestación que sustituya a la prisión (art. 80.3). Cada una de esas vías se corresponde con una modalidad específica de suspensión: la primera con la ordinaria, prevista en los arts. 80.2, 83 y 84 CP; y la segunda con la extraordinaria, que cabe organizar, a su vez, en torno a tres hipótesis destinadas a delincuentes no primarios (art. 80.3 CP), enfermos muy graves (art. 80.4 CP) y drogodependientes (art. 80.5 CP).

Tres son las cuestiones que el juez debe determinar en relación con la suspensión: si deja en suspenso o no la ejecución de la pena privativa de libertad; la duración de la suspensión; y si procede la imposición de condiciones adicionales a la principal, que estribará siempre en no ser condenado por un

delito cometido durante el período de suspensión. Para adoptar la resolución de suspensión sopesará distintos factores (art. 80, 1, párr. 2º): a) las circunstancias del delito cometido, en lo que sean indicativas de la probabilidad de que el sujeto vuelva a delinquir, no en relación con su gravedad sin más; b) las circunstancias personales del penado (edad, situación laboral, etc.); c) sus antecedentes -incluidos los policiales, una vez que la LO 1/2015 ha eliminado la exigencia relativa a la ausencia de procedimientos penales pendientes-; d) su conducta posterior al hecho, particularmente los esfuerzos realizados para reparar el daño causado; e) sus circunstancias familiares y sociales (responsabilidades familiares, posibilidades de contar con la asistencia de su familia y entorno, inserción social, etc.); y f) los efectos que quepa esperar de la suspensión de la ejecución y el cumplimiento de las medidas que fueran impuestas, analizados, de nuevo, desde la óptica de la necesidad o no del cumplimiento de la pena y de la idoneidad de las medidas para lograr los objetivos de la suspensión en el caso concreto. De esa relación de factores a valorar no forma parte, en cambio, la peligrosidad criminal del sujeto, que el legislador ha desvinculado, así, del pronóstico sobre la necesidad o no del ingreso para evitar la comisión de nuevos delitos.

La duración de la suspensión puede ser de dos a cinco años, tratándose de penas privativas de libertad menores de dos años, y de tres meses a un año, para las leves, y para fijarla habrán de sopesarse las mismas circunstancias que para su concesión. Una vez dejada la pena en suspenso durante el plazo acordado por el órgano judicial, la condición esencial que pesa sobre el penado es la de no ser condenado por un delito cometido durante el periodo de la suspensión. El Código penal deja claro, por consiguiente, que no se quebranta si se realiza una conducta delictiva con anterioridad a dicho período o que es juzgada con posterioridad a él. De incumplirse, cometiendo un delito que evidencie que no es posible mantener la expectativa en la que se fundamentaba, la suspensión será objeto de revocación y se ordenará el ingreso en prisión. Esta última precisión reviste enorme trascendencia práctica, puesto que autoriza al juez o tribunal a mantener su decisión inicial de suspender si el delito o los delitos perpetrados no guardan relación con el que está en la base de la suspensión, así como, en general, cuando no dejen traslucir esa intención de incumplir (delitos leves o imprudentes). El órgano judicial puede añadir a la precitada condición principal otras mucho más concretas descritas en los arts. 83 y 84 del Código Penal, lo que avala la poliedricidad de la suspensión en su actual configuración legal.

A tenor del art. 80.2 las condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena son tres: que el condenado haya delinquido por primera vez, que la pena o la suma de las impuestas no sea superior dos años y que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127. El legislador mantiene la calificación de delincuente primario para quienes fueron condenados por delito imprudente o leve o tengan antecedentes penales ya cancelados o que debieran serlo en aplicación del art. 136, así como para los penados con antecedentes por delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de nuevos delitos (art. 80. 2. 1ª). El límite de los dos años debe ponerse en conexión con la pena efectivamente impuesta, sea una sola, sea la suma de varias, excluyéndose del cómputo la correspondiente a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa (art. 80. 2. 2ª). Por último, para entender cumplida la exigencia de que el penado hubiera satisfecho las responsabilidades civiles derivadas del delito y hecho efectivo el decomiso, es suficiente con que asuma un compromiso de pago ajustado a su capacidad económica y de facilitar el decomiso, eso sí, siempre y cuando pueda esperarse razonablemente que será objeto de cumplimiento en el plazo prudencial que determine el juez o tribunal.

3. LA REPARACIÓN, EL ESFUERZO POR REPARAR Y LAS POSIBILIDADES QUE OFRECE LA MEDIACIÓN EN EL TERRENO DE LA RESOCIALIZACIÓN DEL PENADO

El Código penal de 1995 no había incluido en el listado de condiciones que podían imponérsele al penado para su cumplimiento durante el período de suspensión de la pena, la reparación de la víctima; una decisión ampliamente criticada por la doctrina en ese momento, por desaprovechar -se indicabaus efectos positivos en beneficio de las víctimas y de la propia resocialización del penado. Sí lo habían hecho los Proyectos de Reforma de 23 de septiembre de 1992 -que le daba entrada, en ese mismo contexto, a la obligación de “reparar, si no hubiese sido posible hacerlo anteriormente, los daños y perjuicios ocasionados por el delito, salvo que demuestre la satisfacción del juez o tribunal y con la conformidad del Ministerio Fiscal, estar el reo en imposibilidad de hacerlo”- y de 26 de septiembre de 1994. El doble reconocimiento de la reparación en este último texto (como condición previa para la suspensión

y como regla de conducta) llevó, no obstante, al grupo parlamentario socialista a presentar una enmienda –la número 590, asumida a la postre por la mayoría parlamentaria– que solicitaba la supresión del art. 84.1 número 4. Tal y como señalaba Tamarit Sumalla, dicha enmienda no tenía en cuenta que, con independencia de que no fuese posible satisfacer la responsabilidad civil, el penado siempre podría elaborar un plan de pago con posterioridad, ni los casos de imposibilidad parcial o en que, no siendo viable la restitución o el pago directo, sí podría recurrirse a la reparación inmaterial, simbólica o en forma de trabajos en favor de las víctimas⁶. Lo dispuesto en el art. 83.1.6º en el texto finalmente aprobado vino a cubrir esa laguna legal, permitiéndole al órgano judicial imponer cualquier obligación que tuviese por conveniente para la rehabilitación social del condenado, previa conformidad de este, incluyendo –lógicamente– medidas reparatorias.

Tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, el juez puede, excepcionalmente, acordar la suspensión de las penas de prisión impuestas a reos no habituales que individualmente no excedan de dos años, cuando sus circunstancias personales, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, pongan de manifiesto la innecesariedad de la ejecución para asegurar el efecto preventivo-especial de la condena. La suspensión vendrá siempre condicionada, en todo caso, a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado, conforme a las posibilidades económicas del reo, o al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación. De tratarse de un delito privado o semiprivado será necesaria, asimismo, la previa audiencia de la víctima o de la persona que la represente.

La posibilidad de contemplar la reparación a la víctima como una de las condiciones a establecer en el marco de la ejecución de la pena cuenta con el respaldo de diversos instrumentos internacionales. La Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de ministros del Consejo de Europa, el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal, señala en su punto 13 que “debería darse una gran importancia a la reparación por el delincuente del perjuicio sufrido por la víctima cuando la jurisdicción pueda, entre otras modalidades, añadir condiciones de orden pecuniario a la resolución que acuerda un aplazamiento o una suspensión de la pena o una puesta a prueba o cualquier otra medida similar”. En esa misma línea, la Recomendación (2003) 22, también del Comité de Ministros del

6 Vid. TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La víctima en el derecho penal*, Navarra, 1998, pp. 214 y 215.

Consejo de Europa, de 24 de septiembre de 2003, dispone en su punto número 8 que “con la finalidad de reducir el riesgo de reincidencia de los penados que se benefician de la libertad condicional, debería ser posible imponerle condiciones individualizadas tales como (...) la reparación del daño causado a las víctimas, o pagar una indemnización”. Por último, también en el Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea se insiste en que “debería darse una gran importancia a la reparación por el delincuente del perjuicio sufrido por la víctima cuando la jurisdicción pueda, entre otras modalidades, añadir condiciones de orden pecuniario a la resolución que acuerda un aplazamiento o una suspensión de la pena o una puesta a prueba o cualquier otra medida similar”.

Ahora bien, y puesto que una aplicación rígida de este requisito exigencia traería consigo la transgresión del principio constitucional de igualdad, al traducirse en una discriminación de los penados que no cuentan con la necesaria capacidad económica, el legislador español ha apostado por una solución de equilibrio entre el interés de la víctima en verse reparada y el derecho del condenado a la resocialización⁷. De esta forma, de entre los criterios señalados para valorar la oportunidad de conceder excepcionalmente la suspensión, ha otorgado especial relevancia al esfuerzo de aquel para proceder a la reparación.

Esta fórmula, que reitera la contenida en el párrafo segundo del art. 80. 1, hace referencia a la reparación en la medida de la capacidad del penado, situando fuera de los márgenes de la suspensión únicamente los supuestos en que aquel rechaza realizar prestaciones reparatorias, esto es, en que existiendo dificultades para llevarlas a cabo, no hay tampoco voluntad de hacerlo. Merece destacarse, también, la amplia caracterización legal de la reparación objeto de los esfuerzos, no asociada a un elemento material, y que permite ponerla en relación con cualquier medida –incluidas las de carácter simbólico– que implique asumir y reparar los perjuicios causados. Por esa razón, y a diferencia de lo que sucede en relación con la suspensión ordinaria, no se satisface, por ejemplo, con una simple declaración formal de insolvencia.

Teniendo en cuenta su carácter esencialmente subjetivo, para comprobar la concurrencia del requisito del esfuerzo por reparar habrá de prestarse atención a la actitud y disposición del condenado (activa, colaboradora) y a las actuaciones con las que se exteriorice. Carecerán de relevancia a esos efectos, por ejemplo, aquellos actos que sirven simple y llanamente para restablecer el statu quo patrimonial anterior a la realización del delito, pero en los que está ausente el

7 Vid. PÉREZ RIVAS, “El cumplimiento del acuerdo...”, cit., p. 568.

imprescindible componente de restablecimiento del orden jurídico vulnerado y de la propia realidad vital de la víctima (los pagos parciales hechos con los bienes decomisados o por vía de apremio, los realizados por aseguradoras). Por el contrario sí responderían al sentido de la cláusula los pagos voluntarios, hechos en persona o a través de un tercero, con la finalidad de devolver lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, así como las solicitudes para fraccionar el pago o los compromisos formalizados para hacer frente a la responsabilidad civil durante el periodo que dure la suspensión.

Situar en la base de la decisión sobre la suspensión ampliada el hecho de que el penado se haya esforzado en reparar “en función de la propia capacidad”, y asociar dichos esfuerzos a contenidos restaurativos no materiales (o no estrictamente materiales), como las obligaciones de hacer o no hacer o las disculpas, abre a la puerta al empleo de la mediación ya en este momento del procedimiento. Decidir el no ingreso en prisión en función de esas circunstancias se aproxima a la filosofía de la justicia terapéutica, como instrumento de satisfacción a los intereses de la víctima y, en especial, de cumplimiento de las finalidades resocializadoras a las que responde la suspensión (como forma alternativa de la ejecución de la pena). De hecho, es lugar común en la doctrina especializada (en los ámbitos de la criminología, la victimología y el Derecho penal) asignarle a la mediación funciones de prevención especial, partiendo de la base de que lo que se sitúa en el punto de mira de los programas es, justamente, el tratamiento individual, personalizado, del delincuente y de sus necesidades. La asunción de los hechos, el enfrentamiento con el sufrimiento de la víctima, su iniciativa a la hora de hallar una solución al conflicto y la realización de actos de compensación vendrían a indicar, así, que el autor reconoce de forma abierta la vigencia de la norma que él mismo había transgredido y a favorecer su reintegración en la sociedad⁸. El que las prestaciones reparadoras vengan condicionadas -que no forzadas, ni desprovistas de validez en términos jurídicos- por el deseo de evitar el ingreso en prisión no debería impedir reconocer que el autor, que las ha negociado y acordado, no considera correcta la infracción de la norma, es decir, que, asume el derecho vigente⁹.

8 Vid. MANNOZZI, Grazia, “Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale”, en *Meritevolezza di pena e logiche deflattive* (coord. DE FRANCESCO y VENAFRO), Torino, 2002, p. 125; JUNG, Cornelia Anita, *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung. Verfahrensrechtliche Einwände und Auswege im Hinblick auf § 153 a Abs. 1 StPO*, Hamburgo, 2008, p. 34.

9 Vid. WEIGEND, Thomas, “Fragen der Rechtsstaatlichkeit beim Täter-Opfer-Ausgleich”, en *Wiedergutmachung und Strafrechtpraxis. Erfahrungen, neue Ansätze*,

Por otra parte, los efectos preventivo-especiales de la mediación penal deben medirse considerando también la utilidad resocializadora *de la totalidad del procedimiento*, y no sólo la del cumplimiento del acuerdo alcanzado. La participación activa del victimario en las diversas fases del mismo le llevará a hacerse cargo de las consecuencias del hecho, a partir de su propia confianza en la limpieza del procedimiento mismo y en la justicia de sus resultados¹⁰¹¹. Al trabajar con los mecanismos de defensa y neutralización de que se sirve, el diálogo reparador hace posible que continúe motivado para analizar el delito y su impacto tiempo después de que el procedimiento se haya saldado con un acuerdo¹². Como indica Mannozi, todo ello representa una condición indispensable para llevar a buen término cualquier proceso de reeducación y, por ello, de reintegración en la sociedad¹³. En este punto debe señalarse, con toda claridad, que el incumplimiento, por parte del Estado, de su obligación de dotar a los programas de mediación de todos los medios económicos y organizativos necesarios no puede alimentar las críticas contra el propio sistema de la justicia terapéutica en general¹⁴.

4. EL CUMPLIMIENTO DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN COMO CONDICIÓN DE LA SUSPENSIÓN AMPLIADA

La satisfacción de las responsabilidades civiles es una de las condiciones para acceder a la suspensión ordinaria y ampliada. A propósito de esta última, sin embargo, el legislador no se contenta con que el penado asuma el corres-

Gesetzesvorschläge, (coord. MARKS, MEYER, SCHRECKLING y WANDREY), Bonn, 1993, pp. 37 y 43.

10 Vid. SCHMITZ-GARDE, Julia, *Täter-Opfer-Ausgleich, Wiedergutmachung und Strafe im Strafrecht. Eine Untersuchung zur Vereinbarkeit von Täter-OpferAusgleich und Wiedergutmachung mit der Aufgabe des (Straf-)Rechts sowie Funktionen der Strafe und Zwecken der Bestrafung*, Hamburgo, 2006, p. 203.

11 Vid. MORRIS, Allison, "Critiquing the critics. A brief response to critics of Restorative Justice", *The British Journal of Criminology*, vol. 42, 2002, p. 604; JUNG, *Der Täter-Opfer-Ausgleich*, cit., p. 34.

12 Vid. ZWINGER, Georg, "Restorative justice and its relation to the criminal justice system", en *Restorative Justice and its Relation to the Criminal Justice System: Papers from the second conference of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, Oostende, 2002, p. 81.

13 Vid. MANNOZZI, "Collocazione sistematica...", cit., p. 125.

14 Vid. MORRIS, "Critiquing the critics...", cit., p. 605.

pondiente compromiso de pago (párrafo segundo del art. 80. 2. 3^a), sino que es precisa la reparación efectiva, la indemnización del perjuicio ocasionado o, y en lo que aquí interesa, el cumplimiento del acuerdo de mediación a que hayan llegado las partes en virtud de mediación (párrafo segundo del art. 80. 3).

Por lo que se refiere a las dos primeras opciones (reparación e indemnización), el art. 80. 3 opera como un verdadero instrumento de presión al penado para que asuma y cumpla su deber civil de indemnización en beneficio de la víctima¹⁵. No cabe duda, en ese sentido, de que en ambos casos se apunta a una reparación en términos materiales, circunscribiéndose, por consiguiente, a la consabida responsabilidad civil *ex delicto* establecida en el artículo 110 CP (restitución, reparación del daño e indemnización de perjuicios materiales y morales). Sin embargo y como dato verdaderamente novedoso, el legislador de 2015 se ha propuesto reflejar -únicamente en relación con la suspensión ampliada¹⁶- el hecho de que las víctimas padecen necesidades que no pueden cubrirse con medidas de mero resarcimiento económico, dando entrada al cumplimiento del acuerdo de mediación como condición alternativa a dichas reparación e indemnización¹⁷. Si bien en cualquier modalidad de suspensión el órgano judicial podría condicionar su concesión al “cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación” (art. 84. 1. 1^a), el régimen legal diseñado para la ampliada la convierte, pues, en una alternativa a la reparación del daño o a la indemnización del perjuicio.

La mención a la mediación en este ámbito es trascendente y, a la vez, llamativa, teniendo en cuenta que, más allá de lo dispuesto en el art. 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, y en el Protocolo de Mediación Penal incluido en la Guía para la Práctica de la Mediación Intrajudicial, publicada en 2016 por el Consejo General del Poder Judicial, carece de una regulación específica en el ordenamiento jurídico-penal español.

15 Vid. ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia, 2000, pp. 266 y 267.

16 Critican ese extremo, por ejemplo, GARCÍA ALBERO, Ramón, “La suspensión de la ejecución de las penas”, en *Comentario a la reforma penal de 2015* (dir. QUINTERO OLIVARES), Cizur Menor, Navarra, 2015, p. 154; ROIG TORRES, Margarita, “Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80, 81 y 82)”, en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* (dir. GONZÁLEZ CUSSAC), Valencia, 2015, p. 327; PÉREZ RIVAS, “El cumplimiento del acuerdo...”, cit., p. 568.

17 Vid. ROIG TORRES, Margarita, “La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el derecho penal de autor”, *Revista Penal*, nº 33, 2014, p. 201.

El párrafo 2º del art. 80. 3 y el art. 84. 1. 1ª sugieren que el procedimiento de mediación ya se ha desarrollado, habiendo concluido con el acuerdo a cuyo cumplimiento se condiciona la suspensión. Los términos “cumplimiento del acuerdo alcanzado” no dejan lugar a dudas sobre la preordenación temporal del acuerdo a la decisión judicial sobre la suspensión, privando de toda eficacia a los acuerdos que pudieran alcanzarse a posteriori, bien porque las partes todavía no han iniciado su participación en un programa, bien porque, habiéndolo hecho, no han llegado a ninguno –el procedimiento ha fracasado o se halla en una fase temprana-.

Para precisar sus posibles contenidos es imprescindible destacar aquellos elementos que distinguen claramente la mediación del pago de la responsabilidad civil: a) la participación activa y voluntaria de dos partes -el autor y la víctima, como personas directamente implicadas en el hecho-; b) la intervención de una instancia de mediación, distinta de un juez profesional, encargada de facilitar la comunicación entre los intervinientes para alcanzar una solución reconciliatoria, a cuyo efecto protagoniza encuentros y conversaciones con aquéllos y modera el diálogo; y c) el desarrollo de un procedimiento que pone el acento sobre los elementos personales en conflicto, definido por su naturaleza no contenciosa, su relativa informalidad y su voluntariedad, así como por el dato de fundamentarse en la confianza existente entre las partes. En coherencia con todo ello, la mediación podrá saldarse con acuerdos que conlleven la realización, por parte del penado, de cualesquiera prestaciones reparadoras en sentido amplio, esto es, de actividades personales y voluntarias -materiales o inmateriales y/o simbólicas¹⁸- dirigidas a compensar los efectos perjudiciales del delito¹⁹. Podrían asociarse perfectamente, por consiguiente, a prestaciones relacionadas con algunas de las prohibiciones y deberes descritas en el art. 83, en particular con la participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares (art. 83. 6ª) o en programas de deshabitación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos (art. 83.7ª).

18 Vid. SCHMITZ-GARDE, *Täter-Opfer-Ausgleich*, cit., p. 9.

19 Vid. PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación*, cit., pp. 22 y 23; FERREIRO BAAMONDE, Xulio, *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005, pp. 455 y 456; SCHMITZ-GARDE, *Täter-Opfer-Ausgleich...*, cit., pp. 9 y 10.

5. ¿PODRÍA LA MEDIACIÓN OPERAR COMO SUSTITUTIVO DE LA MULTA O DE LOS TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD EN EL MRCO DE LA SUSPENSIÓN AMPLIADA?

La concesión de la suspensión ampliada, que está condicionada a la concurrencia de los requisitos previstos en el inciso segundo del art. 80.3 CP (reparación, indemnización o cumplimiento del acuerdo de mediación), siempre va acompañada de la imposición de una de las medidas a que se refieren los numerales 2º ó 3º del art. 84: 2.ª el pago de una multa –“cuya extensión determinarán el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración”-; o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, “especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor”. La elección que haga el juez irá ligada al ya aludido juicio sobre la necesidad de ingreso en prisión (para evitar la comisión de futuros delitos), pero también a consideraciones de prevención general.

Las condiciones y medidas aludidas por el art. 80. 3 constituyen requisitos acumulativos. El hecho de que la LO 1/2015 le haya proporcionado a la suspensión un enfoque nítidamente terapéutico, concentrando además las posibilidades de la justicia terapéutica en ese terreno en la figura de la mediación, y de que el acuerdo pueda ser perfectamente el instrumento de asunción y cumplimiento de la reparación e indemnización aludidas por el art. 80.3 obliga a preguntarse, sin embargo, si el legislador podría haber ido más allá. ¿Podrían la mediación y los acuerdos logrados en virtud de ella satisfacer, por sí mismos, los objetivos de la suspensión ampliada en el terreno de la reinserción social y, en particular, de la prevención general?

En un momento anterior ya me he pronunciado en relación con el papel que puede jugar la mediación en términos de asunción del delito y voluntad de reparar el daño producido a la víctima. Creo que ese potencial resocializador, junto el pronóstico (razonado) a que hace referencia el art. 80. 1 y la posibilidad de que la suspensión lleve aparejadas las medidas recogidas en el art. 83 (“cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos”) justificarían la previsión del cumplimiento del acuerdo mediatorio como alternativa a la satisfacción de la responsabilidad civil, rodeándolo, en su caso, de las garantías que el tribunal tenga por conveniente. Resulta incomprensible, por ello, que el legislador sólo le haya dado entrada

en el marco de la suspensión ampliada o como prestación o medida potestativa en el art. 84.1.1º.

Apostar únicamente por la mediación, acompañada o no de las prohibiciones o deberes del art. 83, sin la imposición de penas sustitutivas, en los supuestos contemplados por el art. 80.3 ofrece, en cambio, más dudas. Dicho precepto permite, como sabemos, trasladar -de forma excepcional- los beneficios de la suspensión a delincuentes reincidentes, siempre que no sean reos habituales y que las penas individualmente computadas no excedan de dos años, cuando lo cierto es que la investigación criminológica en este campo no va más allá de sugerir que la intervención en programas de justicia restaurativa lleva aparejada una significativa reducción de las tasas de reincidencia delictiva en delincuentes primarios y ocasionales²⁰, esto es, aquellos a los que se dirige la modalidad ordinaria de suspensión prevista en los apartados 1 y 2 del art. 80. Entiendo, con todo, que las exigencias de prevención especial podrían verse también satisfechas con el cumplimiento de un acuerdo que incorporase, además de algunas de las prohibiciones del art. 83, prestaciones con contenidos similares a las prestaciones o medidas recogidas en el art. 84.1.2º (multa) y 3º (trabajos en beneficio de la comunidad). De ser así, la ponderación de las variables enumeradas por el legislador, junto con la consideración del número y duración de cada una de las penas a que fue castigado el sujeto y, en especial, la naturaleza, fecha de realización y relación que guardan entre sí los hechos por los que fue condenado podrían aconsejarle al órgano judicial acordar la suspensión.

Reflexionando ahora sobre el alcance y eficacia de la mediación en términos preventivo-generales, lo que sabemos es que muestra faz humanizadora y más respetuosa con los derechos del delincuente que las penas privativas de libertad, pero que, a diferencia de ellas, carece de significado “genuinamente penal”²¹. Por su origen, contenido e implicaciones sirve a objetivos que se sitúan al margen del sistema punitivo y que pueden sintetizarse en dos: la restitución del perjuicio y la apertura de un proceso comunicativo entre las partes. Por ello, en línea de principio, si se desea avalar la implementación de los programas de mediación penal a partir de argumentos relacionados con la dimensión positiva de las finalidades preventivo-generales del sistema penal (prevención como “integración” y “pacificación del sentimiento jurídico”),

20 Vid. MORRIS, “Critiquing...”, cit., pp. 606 y 607.

21 Vid. HERRERA MORENO, “Introducción...”, cit., pp. 390 y 398; MANNOZZI, “Collocazione...”, cit., p. 125.

sería preciso dotarla de un fundamento que vaya más allá del daño causado, para incluir aspectos relacionados con el grado de culpabilidad del sujeto y, en su caso, cuando revista forma dineraria, a su capacidad económica²², por una parte, y restringir su ámbito de aplicación a delitos de escasa gravedad, y, en consecuencia, de una menor culpabilidad objetiva o por el hecho cometido, por otra²³. Precisamente, la concreta determinación de las tipologías o grupos delictivos en punto a los cuales no parece un medio eficaz de restablecimiento de las relaciones personales, por causa del desequilibrio de poder o de la tensión emocional existente entre las partes, es una de las claves para su consolidación en la justicia penal de adultos²⁴.

Con esas precisiones, y teniendo en cuenta que los delitos que están en la base de la suspensión ampliada –con penas que individualmente no excedan de dos años (art. 80.3)– se ajustan, en principio, al perfil que acaba de indicarse, creo el recurso a los procedimientos de mediación penal podría compadecerse bien con la consecución de un efecto de restablecimiento de la paz jurídica y de la confianza en el Derecho como forma de resolver sus problemas y conflictos; una confianza que se fortalecería, según los teóricos de la justicia restaurativa, cuando quien ha realizado el delito acepta intervenir en un procedimiento mediatorio que lo incluye –a diferencia de lo que sucedería en los procesos penales formales–. La mediación promueve, indudablemente, la educación de la sociedad en los valores de la coexistencia pacífica y el aseguramiento o afirmación del status quo democrático y del orden jurídico de los derechos fundamentales, en la medida en que implica a la comunidad, a través del protagonismo de la víctima, del agresor y de sus entornos familiares²⁵. Además, al tomar conocimiento de que el conflicto se ha resuelto satisfactoriamente para los intereses de la víctima, a través de una prestación

22 Vid. CARRASCO ANDRINO, Maria del Mar, “La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos)”, *Jueces para la Democracia*, nº 34, 1999, p. 84.

23 Vid. SEBBA, Leslie, *Third parties: victims and the criminal justice system*, Columbus (Ohio), 1996, p. 286; HERRERA MORENO, “Introducción...”, cit., p. 398; ESQUINAS VALVERDE, “La mediación...”, cit., p. 76.

24 Vid. RÍOS MARTÍN, Juan Carlos, PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther y BIBIANO GUILLÉN, Alfonso, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, 2ª ed., Madrid, 2006, p. 48.

25 Cfr. MANNOZZI, “Collocazione sistematica...”, cit., p. 125; ZWINGER, “Restorative justice...”, cit., p. 84.

que compensa de modo inmediato los daños ocasionados en el caso concreto, se consigue un efecto de tranquilización de la conciencia jurídica general²⁶.

Ahora bien, y al margen de declaraciones de principio, parece claro que para compensar la alteración del orden normativo producida por el delito no basta con la difusión de los resultados positivos que los programas de mediación están en condiciones de garantizar, tras su aplicación a lo largo de un razonable período de tiempo. Si lo que realmente se pretende es hacer de ella un método de estabilización del orden jurídico tan eficaz como las penas que el Código penal incorpora a la decisión de suspender el ingreso en prisión, los contenidos del acuerdo (la reparación económica por los perjuicios ocasionados, las disculpas, las prestaciones personales) tendrían que revestir la suficiente entidad como para demostrar la superioridad o el dominio del Derecho²⁷. Una prestación reparadora sólo podría ser socialmente constructiva si se percibiese como una desventaja voluntariamente aceptada por el infractor²⁸. Su compatibilidad con los postulados de la prevención general positiva pasa inevitablemente, por lo tanto, por acentuar el elemento de afluencia – carga o esfuerzo emocional y material– ínsito en el diálogo con la víctima y en el hallazgo de una solución global para el conflicto²⁹. Lograrlo es posible, pero contando con la capacitación de los mediadores para evitar que la intervención en el programa sea “vívida” y percibida como una solución blanda, avivando para ello la interacción entre la víctima y el victimario y fomentando la búsqueda de acuerdos ajustados a las necesidades individuales de la víctima.

Afirmada la capacidad de la mediación para dar cumplimiento a los requerimientos de la prevención general positiva, el análisis debe trasladarse ahora al plano de la inhibición general de la prohibición penal; dimensión que también legitima la existencia de las penas y de la que, al parecer, ca-

26 Vid. CARRASCO ANDRINO, “La mediación...”, cit., p. 84; JUNG, *Der Täter-Opfer-Ausgleich...*, cit., p. 33; SCHMITZ-GARDE, *Täter-Opfer-Ausgleich...*, cit., pp. 177 y 178.

27 Vid. KERNER, Hans-Jürgen, “Conciliación víctima-ofensor y reparación de daños en el Derecho penal alemán. Consideraciones sobre la nueva situación jurídica y las experiencias de la aplicación práctica”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 62, 1997, p. 375.

28 Vid. SCHMITZ-GARDE, J., *Täter-Opfer-Ausgleich*, cit., p. 178.

29 Vid. TRENCZEK, Thomas, “Vermittlender Ausgleich strafrechtlich relevanter Konflikte - ein Modell kriminalrechtlicher Intervention? – Erfahrungen und Perspektiven”, en *Täter-Opfer-Ausgleich. Vom zwischenmenschlichen Weg zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens*, (eds. MARKS y RÖSSNER), Bonn, 1989, p. 486.

recería la mediación-reparación por sí sola. La razón para ello estribaría en que el potencial intimidatorio y estigmatizador que podría desplegar no es lo suficientemente relevante –ni siquiera en relación con las conductas leves o poco graves– como para hacer de ella una respuesta autónoma o un instrumento para la suspensión de la pena³⁰. Para operar una restauración completa restauración de la relación del agresor con la comunidad las medidas incorporadas al acuerdo deberían incluir un plus adicional, e imprescindible, de disuasión para los delincuentes potenciales³¹.

Comparto la opinión de quienes sostienen que la mediación incorpora elementos altamente utilizables –siempre y cuando se hubiese operado una correcta selección de los casos a tratar– para garantizar la eficacia de las prohibiciones contenidas en las normas penales: su certeza y rapidez como reacción jurídica³² y las diversas alternativas de conducta que se le ofrecen al infractor, para que elija la deseada, y que, de acuerdo con los estudios del ámbito de la teoría del aprendizaje, resultan más eficaces que los según mecanismos de refuerzo negativo (las penas convencionales)³³. Dicho ello, no creo que de la mano de esos elementos pudiera conjurarse el riesgo de trivialización de los hechos a los que se refiere la suspensión ampliada, pensando sobre todo en que sus destinatarios son delincuentes reincidentes y sobre los que recaen condenas que pueden estar compuestas por varias penas, con tal de que individualmente no excedan de dos años. Aunque la suspensión pudiera ser revocada si se incumple el acuerdo reparador, y este comprendiese, además de la restitución e indemnización por daños y perjuicios, prestaciones simbólicas de reconciliación o, incluso, prestaciones sociales, seguiría trasladándose a la ciudadanía un (peligroso) mensaje de lenidad. En términos de prevención general intimidatoria no cabe renunciar aquí, a mi modo de ver, a la aplicación de las penas tradicionales de multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Siempre debe requerirse una restricción en el ejercicio de algunos de derechos reforzada por el valor simbólico de la pena.

30 Vid. SEBBA, L., *Third Parties*, cit., p. 295; B. HUDSON, “Restorative justice and gendered violence. Diversion or effective justice”, *The British Journal of Criminology*, vol. 42, 2002, p. 627; MORRIS, “Critiquing the critics...”, cit., p. 603.

31 Cfr. HERRERA MORENO, “Introducción...”, cit., p. 408.

32 Vid. TRENCZECK, Thomas, “V.O.R.P.; algunos temas centrales en la mediación del conflicto víctima-infractor”, *Infancia y Sociedad*, n° 23, 1993, p. 122.

33 SCHMITZ-GARDE, J., *Täter-Opfer-Ausgleich*, cit., p. 192.

6. EL ACUERDO ALCANZADO EN VIRTUD DE MEDIACIÓN Y LA REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN AMPLIADA

El legislador de 2015 ha regulado, de forma expresa, en el art. 86.1 CP, las causas que provocan, obligatoriamente, la revocación de la suspensión de la pena. Entre ellas se incluye el incumplimiento, de forma grave o reiterada, de las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84 (letra a). Tal y como señala el precepto, la revocación se limita, por consiguiente, a los supuestos en que se produce un incumplimiento grave del acuerdo mediatorio –a juicio del juez o tribunal–, reiterado y que tenga su origen en causas o circunstancias exclusivamente imputables a la voluntad del condenado.

Si el incumplimiento no responde a dichos requisitos, el órgano judicial podrá adoptar alguna de las siguientes medidas: a) imponerle al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas (por ejemplo, y de contar con el consentimiento de las partes, someter los hechos a un nuevo procedimiento de mediación); ó b) prorrogar el plazo de suspensión, que nunca podrá exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado. En todo caso, debe dársele la razón a quienes entienden que el juez nunca podría modificar el contenido del acuerdo, sustituyendo la prestación objeto de incumplimiento por otra u otras, so pena de desvirtuar el sentido de la mediación y la propia voluntad de las partes³⁴. Por la misma razón, de tratarse de un incumplimiento por causas ajenas a la voluntad del penado, y si las partes están de acuerdo, el órgano judicial deberá proponerles participar en una nueva mediación.

Para determinar la concurrencia de los incumplimientos señalados y, en su caso, las causas, la entidad y las circunstancias concurrentes, el órgano judicial podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias. La resolución a adoptar por el órgano judicial requerirá de la previa audiencia del Fiscal y de las demás partes (condenado y víctima personada). No obstante, el órgano judicial podrá acordar de oficio la revocación de la suspensión de la pena cuando ello resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima.

34 Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina y PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, “La mediación penal: análisis y perspectivas tras la reforma del Código Penal y la aprobación del Estatuto de la víctima del delito”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, número 39, 2015, p. 8.

En los casos en que, de conformidad con lo indicado, proceda la revocación de la suspensión excepcional de la pena se procederá a ordenar, de forma inmediata, el ingreso del condenado en prisión. Aunque los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado mediante el cumplimiento del acuerdo mediatorio no le serán restituidos –porque la exigencia de proceder a la reparación se deriva de la comisión del delito y no de la concesión de la suspensión–, sí se abonarán al periodo de duración de la pena de prisión a cumplir las cuotas de multa ya satisfechas (art. 84.1.2^a CP) o los días de trabajos beneficio de la comunidad completados (art. 84.1.3^a CP), de conformidad con los correspondientes criterios de conversión.

7. MEDIACIÓN, SUSPENSIÓN AMPLIADA Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Con la mirada puesta en los términos tan genéricos en que se expresa el legislador, el acuerdo de mediación podría referirse, en principio, a cualquier clase de delito. No obstante, como es bien sabido, el apartado 5 del art. 87 ter de la LOPJ prohíbe expresamente la mediación en todos los asuntos que caen bajo la competencia de los llamados Juzgados de Violencia contra la Mujer, prohibición respaldada –cuando menos, de forma indirecta– por el art. 15.1.e) de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito³⁵.

La exclusión de los delitos de violencia contra la mujer del radio de acción de los programas de mediación tiene consecuencias significativas en el terreno de la suspensión ampliada. El juez ya no tendrá la facultad de imponerle al penado, de forma alternativa, la satisfacción de la responsabilidad civil o el cumplimiento del acuerdo de mediación, debiendo condicionar la

35 El precepto deja abierta la puerta, no obstante, a la posibilidad de implementarla tras la finalización de la fase de instrucción o en punto a delitos como el impago de pensiones, el quebrantamiento de condena o, en general, cualesquiera otros de violencia doméstica no contemplados en la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Vid., en ese sentido, SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 12-05, 2010, p. 18; ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Valencia, 2008, pp. 124 y 125. En el País Vasco y Cataluña se han desarrollado diversas experiencias en casos (de violencia de género y doméstica) que habían sido archivados por el correspondiente juzgado de violencia contra la mujer.

suspensión, obligatoriamente, a la reparación o indemnización. Quiere decirse con ello que la prohibición contenida en el apartado 5 del art. 87 ter LOPJ trae consigo un endurecimiento objetivo de las condiciones para acceder a la suspensión; endurecimiento que puede verse acentuado si entre el autor y la víctima existe una relación económica derivada de la relación conyugal –o de convivencia o filiación– o tienen descendencia en común y, por ello, si aquel quiere acceder a la suspensión ampliada, siempre deberá cumplir –voluntariamente– la medida de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 84.2).

La prohibición que está en la base de ese régimen especial –y más gravoso– de la suspensión de la pena cuenta con el respaldo de quienes ponen por delante tanto la compleja etiología de las conductas violentas y su carácter repetitivo, como las dificultades para poner en concordancia las características de la justicia restaurativa con los principios que deben presidir el tratamiento y la rehabilitación de los maltratadores: si el desarrollo de la mediación presupone la decisión (voluntaria e informada) de las partes de cooperar en la resolución del conflicto y su capacidad para articular sus necesidades e introducirlas en un acuerdo reparador –se señala–, por lo que atañe a la víctima, ambos requisitos podrían diluirse en la dinámica de violencia que envuelve a la relación de pareja³⁶. Junto a ello suele aludirse, también, en este mismo contexto, a la posibilidad de que el agresor aproveche el encuentro para repetir su comportamiento violento, en particular en los supuestos en que intenta conservar el control sobre la víctima (por ejemplo cuando la violencia se produce en el primer año de separación o cuando la que quiere separarse es la mujer)³⁷. Podría

36 Vid., por ejemplo, BETHEL, Charles A. y SINGER, Linda, “Mediation: a new remedy for cases of domestic violence”, *Vermont Law Review* n^o 7, 1982, p. 19; WRIGHT, Martin, *Justice for victims and offenders. A restorative response to crime*, 2.^a ed., Winchester, 1996, p. 93; MERSCHER, Frank, *Die Verzahnung von Straf- und Zivilrecht im Kampf gegen häusliche Gewalt*, Frankfurt am Main, 2004, p. 222; DEL POZO PÉREZ, Marta, “¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.4 de la Ley Orgánica 1/2004?”, en *La mediación en materia de familia y derecho penal. Estudios y análisis* (ed. MARTÍN DIZ), Santiago de Compostela, 2011, pp. 297 y ss.

37 Hacen suyo ese temor, por ejemplo, ASTOR, Hilary, “Swimming against the tide: keeping violent men out of mediation”, en *Women, Male Violence and the Law* (ed. STUBBS), Sydney, 1994, p. 151; HOOPER, Stephen y BUSCH, Ruth, “Domestic violence and restorative justice initiatives: The risks of a new panacea”, *Waikato Law Review*, vol. 1, 1993, p. 10; BUSCH, Ruth, “Domestic violence and restorative justice initiatives: Who pays if we get wrong?”, en *Restorative Justice and Family Violence* (eds. STRANG y BRAITHWAITE), Melbourne, 2002, p. 229.

sucedir, incluso, apuntan, que, al propio tiempo que manifiesta su voluntad de intervenir en la mediación, el autor albergue la intención de retomar (o continuar) lo antes posible con la situación de control y dominio sobre la víctima. De acuerdo con este punto de vista la mediación carecería, en resumidas cuentas, de cualquier virtualidad para producir un cambio sustancial en la dinámica de conducta del agresor –para romper, en definitiva, el círculo de la violencia– y para controlar sus comportamientos futuros.

Contamos, sin embargo, con resultados y argumentos –que presentaré de forma sintética– que apuntan a la conveniencia de matizar, cuando menos, ese orden de ideas.

Así, un sector de la literatura defiende la idea de que los principios metodológicos de la mediación representan un activo muy valioso a la hora de afrontar casos de violencia contra la mujer. Si el cese de la violencia sólo parece posible en tanto en cuanto el autor haya asumido (de forma voluntaria) su responsabilidad –después de haber tomado conciencia de lo equivocado de su actuación y de los daños causados y desarrollado cierto grado de empatía con la víctima y sus necesidades–, ven lógico pensar que le resultará más fácil hacerlo si se siente participe en el acuerdo final y se considera correctamente tratado a lo largo del procedimiento³⁸. La mediación lo llevaría a identificarse con su comportamiento anterior y a encontrarle sentido a las prestaciones reparadoras que han sido objeto de negociación, al considerarlas vinculadas a los hechos³⁹.

Por otra parte, informes de evaluación de programas de intervención desarrollados en países anglosajones, con autores tanto de abusos graves como de infracciones más leves, arrojan tasas de reincidencia muy bajas (inferiores a las de quienes se habían visto sometidos, exclusivamente, a procedimientos judiciales formales), sugiriendo su eficacia a la hora de operar modificaciones conductuales positivas⁴⁰. Es verdad que dichos informes se refieren, esencialmente, a la participación de los agresores en círculos o conferencias familiares, y que los resultados que se desprenden de los programas alemanes

38 A favor de esa postura se han pronunciado, entre otros, RÖSSNER, Dieter y BANNENBERG, Britta, *Konfliktregelung bei Gewaltstraftaten in Paarbeziehungen. Kurzfassung des Gutachtens Mediation bei Gewaltstraftaten in Paarbeziehungen im Auftrag des Senatsamtes für die Gleichstellung, Senatsamt für die Gleichstellung*, Hamburgo, 1999, p. 39; GLAESER, Bern, *Victim-Offender Mediation in Cases of Domestic Violence*, Budapest, 2004, pp. 2 y 3; BALS, Nadine, *Der Täter-Opfer-Ausgleich bei häuslicher Gewalt*, Baden-Baden, 2010, p. 104.

39 Vid. ZWINGER (n. 35), p. 81.

40 Vid. MORRIS, “Critiquing the critics...”, cit., p. 606.

y austríacos son menos concluyentes. Con todo permiten dejar sentadas dos ideas: la de que disponemos de un cierto volumen de investigación que apunta que la justicia restaurativa es capaz de reducir la reincidencia y la de que no existen, en cambio, estudios que acrediten la tesis contraria, es decir, que no ayudan a asegurar la seguridad futura de las víctimas.

Aunque la mediación no esté en disposición de activar o ampliar la autonomía o posibilidades de conducta de las víctimas de violencia continuada, apoyada en estructuras asentadas de control y poder, en que la intervención con los autores precisará de otras estrategias y medidas, las investigaciones y estudios a que me he referido permiten, sin embargo, proyectar sobre ella ciertas expectativas a la hora de rediseñar una alternativa efectiva y creativa de resolución de los graves problemas que subyacen a estos delitos, pensando, sobre todo, en agresiones únicas o aisladas y leves a mujeres que disponen suficientes recursos psíquicos y sociales (ya sea porque denunciaron los hechos, ya porque tomaron alguna otra decisión con vistas a poner fin a la situación de violencia). Eso sí, debe quedar claro que ni ella misma, ni ninguna de las otras formas de intervención puntual con maltratadores (formales o informales, judiciales o extrajudiciales) pueden pretender modificar permanentemente, por sí solas, las estructuras de poder subyacentes a la relación de pareja. Un programa de mediación penal no puede solucionar, *ex nunc*, los problemas de adicciones o los conflictos íntimos o financieros que puedan hallarse en el origen o trasfondo de la violencia. En el procedimiento mediador –y en el eventual acuerdo reparador– hay que ver únicamente, entonces, la hoja de ruta que podrá conducir (siempre y cuando venga acompañado por el trabajo de determinadas agencias e instituciones especializadas) a ese anhelado cambio sustancial en la dinámica de la relación de pareja.

Sobre esa base, contando con el empleo de procedimientos rigurosos de *screening*, la intervención de mediadores suficientemente “tecnificados” y la imbricación de los propios programas con las instituciones e instancias de intervención adecuadas (casas de acogida, centros de protección contra la violencia, programas de rehabilitación para maltratadores, órganos policiales, órganos de asistencia penitenciaria), es posible defender la idea de que el mediador puede, efectivamente, “remediar las disparidades en materia de poder y aptitudes y reestablecer el equilibrio a favor de la parte que está en desventaja”, como apunta la Recomendación N.º R (99) del Consejo de Europa. No debería desaprovecharse su potencial en el campo de la suspensión de la pena.

BIBLIOGRAFÍA

- ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia, 2000.
- ASTOR, Hilary, "Swimming against the tide: keeping violent men out of mediation", en *Women, Male Violence and the Law* (ed. STUBBS), Sydney, 1994.
- BARONA VILAR, Silvia, "Mediación penal como pieza del sistema de tutela penal en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa", *Revista de Derecho penal*, n.º 26, 2009.
- BALS, Nadine, *Der Täter-Opfer-Ausgleich bei häuslicher Gewalt*, Baden-Baden, 2010.
- BETHEL, Charles A. y SINGER, Linda, "Mediation: a new remedy for cases of domestic violence", *Vermont Law Review* nº 7, 1982.
- BUSCH, Ruth, "Domestic violence and restorative justice initiatives: Who pays if we get wrong?", en *Restorative Justice and Family Violence* (eds. STRANG y BRAITHWAITE), Melbourne, 2002.
- CARRASCO ANDRINO, Maria del Mar, "La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos)", *Jueces para la Democracia*, nº 34, 1999.
- DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, "Justicia restaurativa y mediación penal", *Revista de Derecho penal*, n.º 23, 2008.
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia, "La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?", *Revista Penal*, n.º 18, 2006.
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Valencia, 2008.
- FERREIRO BAAMONDE, Xulio, *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005.
- GARCÍA ALBERO, Ramón, "La suspensión de la ejecución de las penas", en *Comentario a la reforma penal de 2015* (dir. QUINTERO OLIVARES), Cizur Menor, Navarra, 2015.
- GLAESER, Bern, *Victim-Offender Mediation in Cases of Domestic Violence*, Budapest, 2004.
- GORDILLO SANTANA, Luis, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, 2007.
- HARRIS, Nathan, WALGRAVE, Lode y BRAITHWAITE, John, "Emotional dynamics in restorative conferences", *Theoretical Criminology*, vol. 8 (2), 2004.
- HERRERA MORENO, Myriam, "Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación", *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 6, 1996.
- HOOPER, Stephen y BUSCH, Ruth, "Domestic violence and restorative justice initiatives: The risks of a new panacea", *Waikato Law Review*, vol. 1, 1993.
- JUNG, Cornelia Anita, *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung. Verfahrensrechtliche Einwände und Auswege im Hinblick auf § 153 a Abs. 1 StPO*, Hamburg, 2008.
- KERNER, Hans-Jürgen, "Conciliación víctima-ofensor y reparación de daños en el Dere-

- cho penal alemán. Consideraciones sobre la nueva situación jurídica y las experiencias de la aplicación práctica”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 62, 1997, pp. 367 y ss.
- LARRAURI PIJOAN, Elena, “Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIX, 1996, p. 214.
- LARRAURI PIJOÁN, Elena, “Tendencias actuales de la Justicia Restauradora” en *In Memoriam Alexandra Baratta* (ed. PÉREZ ÁLVAREZ), Salamanca, 2004, pp. 439 y ss.
- MANNOZZI, Grazia, “Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale”, en *Meritevolezza di pena e logiche deflattive* (coord. DE FRANCESCO y VENAFRO), Torino, 2002.
- MERSCHER, Frank, *Die Verzahnung von Straf- und Zivilrecht im Kampf gegen häusliche Gewalt*, Frankfurt am Main, 2004.
- MORRIS, Allison, “Critiquing the critics. A brief response to critics of Restorative
- PÉREZ RIVAS, Natalia, “El cumplimiento del acuerdo mediatorio como condición de la suspensión excepcional de la pena”, en *Nuevo proceso penal sin Código procesal penal* (AA.VV.), en prensa.
- PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Granada, 1999.
- PILLADO GONZÁLEZ, Esther, “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad como manifestación de la justicia terapéutica en el proceso penal español”, *Direito e Inovação*, vol. 3, nº 3, pp. 17 y ss.
- DEL POZO PÉREZ, Marta, “¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.4 de la Ley Orgánica 1/2004?”, en *La mediación en materia de familia y derecho penal. Estudios y análisis* (ed. MARTÍN DIZ), Santiago de Compostela, 2011.
- RÍOS MARTÍN, Juan Carlos, PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther y BIBIANO GUILLÉN, Alfonso, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, 2ª ed., Madrid, 2006.
- ROIG TORRES, Margarita, “La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el derecho penal de autor”, *Revista Penal*, nº 33, 2014.
- ROIG TORRES, Margarita, “Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80, 81 y 82)”, en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* (dir. GONZÁLEZ CUSSAC), Valencia, 2015.
- RÖSSNER, Dieter y BANNENBERG, Britta, *Konfliktregelung bei Gewaltstraftaten in Paarbeziehungen. Kurzfassung des Gutachtens Mediation bei Gewaltstraftaten in Paarbeziehungen im Auftrag des Senatsamtes für die Gleichstellung*, Senatsamt für die Gleichstellung, Hamburgo, 1999.
- SCHMITZ-GARDE, Julia, *Täter-Opfer-Ausgleich, Wiedergutmachung und Strafe im Strafrecht. Eine Untersuchung zur Vereinbarkeit von Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung mit der Aufgabe des (Straf-)Rechts sowie Funktionen der Strafe und Zwecken der Bestrafung*, Hamburgo, 2006.
- SEBBA, Leslie, *Third parties: victims and the criminal justice system*, Columbus (Ohio), 1996.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La víctima en el derecho penal*, Navarra, 1998.

- TAMARIT SUMALLA, Josep María, “Hechos postdelictivos e individualización de la ejecución”, en *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena* (eds. ASÚA BATARITA y GARRO CARRERA), Bilbao, 2009.
- TRENCZEK, Thomas, “Vermittelnder Ausgleich strafrechtlich relevanter Konflikte - ein Modell kriminalrechtlicher Intervention? – Erfahrungen und Perspektiven”, en *Täter-Opfer-Ausgleich. Vom zwischenmenschlichen Weg zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens*, (eds. MARKS y RÖSSNER), Bonn, 1989.
- TRENCZEK, Thomas, “V.O.R.P.; algunos temas centrales en la mediación del conflicto víctima-infractor”, en *Infancia y Sociedad*, nº 23, 1993.
- VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina y PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, “La mediación penal: análisis y perspectivas tras la reforma del Código Penal y la aprobación del Estatuto de la víctima del delito”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, número 39, 2015.
- WEIGEND, Thomas, “Fragen der Rechtsstaatlichkeit beim Täter-Opfer-Ausgleich”, en *Wiedergutmachung und Strafrechtpraxis. Erfahrungen, neue Ansätze, Gesetzesvorschläge* (coord. MARKS, MEYER, SCHRECKLING y WANDREY), Bonn, 1993.
- WRIGHT, Martin, *Justice for victims and offenders. A restorative response to crime*, 2.^a ed., Winchester, 1996.
- ZWINGER, Georg, “Restorative justice and its relation to the criminal justice system”, en *Restorative Justice and its Relation to the Criminal Justice System: Papers from the second conference of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, Oostende, 2002.

CAPÍTULO XII

LA REGULACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL PARA INTERNOS PRIMARIOS: UNA LECTURA DESDE LA JUSTICIA TERAPÉUTICA

Natalia Pérez Rivas

**Contratada Interina de Derecho Penal
Universidad de Santiago de Compostela**

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN: LA JUSTICIA TERAPÉUTICA. 2. LA REGULACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL PARA INTERNOS PRIMARIOS. 2.1. Naturaleza jurídica. 2.2. Requisitos obligatorios para la concesión de la libertad condicional. 2.2.1. El concepto de primariedad penitenciaria. 2.2.2. Evaluación de la conducta del condenado. 2.2.3. La exigencia de la previa satisfacción de la responsabilidad civil: aspectos críticos. 2.3. Requisitos facultativos para la concesión de la libertad condicional. 3. EL PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL. 4. LAS PROHIBICIONES, LOS DEBERES Y LAS OBLIGACIONES A OBSERVAR DURANTE EL PERIODO DE LIBERTAD CONDICIONAL. 4.1. Las prohibiciones, los deberes y las obligaciones a observar durante el periodo de libertad condicional: contenido. 4.1.1. La reparación como obligación durante la libertad condicional. 4.2. El procedimiento de imposición de las prohibiciones, los deberes y las obligaciones a observar durante el periodo de libertad condicional. 4.3. El régimen de modificación de las prohibiciones, los deberes y las obligaciones a observar durante el periodo de libertad condicional. 5. DURACIÓN. 6. EL RÉGIMEN DE REVOCACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL. 6.1. Las causas de revocación de la libertad condicional. 6.1.1. Incumplimientos determinantes de la revocación de la libertad condicional. 6.1.1.1. Incumplimiento del compromiso de pago de la responsabilidad civil. 6.1.2. Incumplimientos no determinantes de la revocación de la libertad condicional. 6.2. El procedimiento de revocación de la libertad condicional. 6.3. La revocación de la libertad condicional: consecuencias. 7. LA REMISIÓN DE LA PENA.

1. INTRODUCCIÓN: LA JUSTICIA TERAPÉUTICA

El proceso de ejecución de la pena debe estar orientado, principalmente, a la reeducación y a la reinserción social del penado (art. 25.2 CE). Esta finalidad es la base sobre la que se ha construido la Justicia Terapéutica (en adelante TJ) que tiene por objetivo principal “estudiar las normas y procedimientos legales, así como la actuación de todos los agentes involucrados en los mismos, con el objeto de fomentar el desarrollo de leyes, procedimientos y roles legales que contribuyan al bienestar emocional y psicológico de las par-

tes directamente afectadas”¹. En este sentido, dentro de su ámbito subjetivo de aplicación, se incluyen tanto a los victimarios como a las víctimas², buscándose en última instancia, mediante la implementación de los principios de la justicia terapéutica, la prevención del delito, la disminución de la reincidencia y la adecuada reparación de la víctima³. Pues bien, con relación a ello, consideramos de interés el análisis de la regulación de la libertad condicional en el ordenamiento penal español –en especial, la modalidad excepcional implementada para los internos primarios–, en tanto que ejemplo, en el ámbito del derecho comparado, de “práctica amigable” desde los parámetros de la TJ⁴.

2. LA REGULACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL PARA INTERNOS PRIMARIOS

2.1. Naturaleza jurídica

La libertad condicional es regulada en diversos textos normativos: el CP (arts. 90 y ss.), la LOGP (art. 72) y el RP (arts. 192 y ss.). Este dato ha suscitado no pocas críticas, generando dudas acerca de su naturaleza jurídica.

En efecto, el art. 72.1 LOGP la presenta como el último de los grados en la ejecución de la pena de prisión, dentro de nuestro sistema de individualización científica. El RP la regula, por su parte, en su Título VIII, junto con los

1 Conclusión nº 2 del III Congreso Iberoamericano de Justicia Terapéutica. Disponible en: <http://justiciaterapeutica.webs.uvigo.es/images/Pdfs/3CongresoTJ/ConclusionesIIIATJ.pdf>. De forma más concreta, WEXLER, David, “Therapeutic Jurisprudence as a theoretical foundation for these new judicial approaches”, en *Judging in a Therapeutic Key: Therapeutic Jurisprudence and the courts* (WINICK / WEXLER), Carolina Academic Press, 2010, p. 7, sintetiza la finalidad de la justicia terapéutica como el estudio “del rol de la ley como agente terapéutico”.

2 Conclusión nº 4 del III Congreso Iberoamericano de Justicia Terapéutica. Disponible en: <http://justiciaterapeutica.webs.uvigo.es/images/Pdfs/3CongresoTJ/ConclusionesIIIATJ.pdf>.

3 Conclusión nº 7 del III Congreso Iberoamericano de Justicia Terapéutica. Disponible en: <http://justiciaterapeutica.webs.uvigo.es/images/Pdfs/3CongresoTJ/ConclusionesIIIATJ.pdf>.

4 WEXLER, David, “Nuevo vino en nuevas botellas: la necesidad de diseñar un “código” de procesos y prácticas penales desde la perspectiva de la Justicia Terapéutica”, en *Justicia Terapéutica: experiencias y aplicaciones. II Congreso Iberoamericano de Justicia Terapéutica* (WEXLER / FARIÑA RIVERA / MORALES QUINTERO / COLÍN SOTO), INACIPE, México, 2014, pp. 4-6.

beneficios penitenciarios. Finalmente, en la redacción originaria del CP/1995 se regulaba en el Capítulo III, Título III, Libro I intitulado “de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad”⁵. La reforma operada por la LO 15/2003 procedió a renombrar dicho capítulo con la rúbrica “de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”, diferenciando, así, entre las alternativas a la pena de prisión de un lado y, la libertad condicional, de otro.

A nuestro modo de ver, la libertad condicional suponía, por todo ello, antes que ninguna otra cosa, la última fase del tratamiento penitenciario, ya no sólo por lo dispuesto en el art. 72.1 LOGP (“las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal”), sino también porque eso es lo que da a entender el texto punitivo, cuando señala en su art. 93.1 que “el periodo de libertad condicional durará todo el tiempo que le falta al sujeto para cumplir su condena” así como el art. 192.1 RP (“los penados clasificados en tercer grado que reúnan los demás requisitos establecidos al efecto en el Código Penal cumplirán el resto de su condena en situación de libertad condicional [...]”).

El legislador de 2015 ha optado, no obstante, por dotar a la libertad condicional de una nueva naturaleza jurídica configurándola, de forma expresa, como se infiere de lo preceptuado en el art. 90.1 CP, como una modalidad más de suspensión de la ejecución de la pena⁶. No puede reputarse ya, por tanto,

5 Crítica con la rúbrica del capítulo se pronunciaba, entre otros, POZA CISNEROS, María, “Formas sustitutivas de las penas privativas”, en *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal* (POZA CISNEROS), GPJ, Madrid, 1996, pp. 197-198, al estimar, en primer lugar, que “mal puede afirmarse que se sustituye lo que se suspende”; en segundo lugar, que los arts. 88 a 89 CP contemplan “supuestos no sólo se sustitución de la ejecución [...], sino de imposición de una pena en sustitución de otra”; y, en tercer lugar, porque la libertad condicional “más que una forma sustitutiva de ejecución de las penas privativas de libertad” constituye “la última fase de ejecución normal conforme al sistema progresivo que consagra la LOGP”.

6 Esta concepción de la libertad condicional como forma de suspensión de la pena privativa de libertad procede del StGB (§ 57). Abogaban por esta concepción de la libertad condicional, entre otros, MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 191-192; GRACIA MARTÍN, Luis / ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen, “La ejecución de las penas privativas de libertad”, en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito* (GRACIA MARTÍN), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 366; BUENO ARÚS, Francisco, “Los beneficios penitenciarios a la luz del Código Penal y de la legislación penitenciaria vigentes”, en *El nuevo Cód-*

a la libertad condicional como el último grado del sistema penitenciario siendo conveniente, a tal efecto, de cara a garantizar la coherencia del sistema, proceder a: i) la modificación de la actual redacción del art. 72.1 LOGP; ii) el cambio de la rúbrica del Capítulo III del Título III del Libro I del Código Penal –que sigue refiriendo textualmente y, de forma diferenciada, a “las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad” y a “la libertad condicional”–; iii) la alteración del título de la sección 3ª del citado capítulo.

2.2. Requisitos obligatorios para la concesión de la libertad condicional

La reforma de 2015 ha previsto, en el marco de la modalidad ordinaria de la libertad condicional, un supuesto excepcional con arreglo al que el JVP podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder, en consecuencia, la libertad condicional cuando se haya extinguido la mitad de la condena (art. 90.3 CP), en vez de las tres cuartas partes exigidas con carácter ordinario (art. 90.1.b CP)⁷. Para ello es necesario concurren en el penado los siguientes requisitos:

- a) que se encuentre clasificado en el tercer grado penitenciario.
- b) que se haya extinguido la mitad de su condena.
- c) que el sujeto se encuentre cumpliendo su primera condena de prisión.
- d) que la duración de la pena de prisión impuesta no sea superior a los tres años.
- e) que haya observado buena conducta, sin que esta exigencia pueda asimilarse automáticamente a la ausencia de faltas disciplinarias en el expediente del interno, sino que debe evaluarse en función de sus posibilidades de resocialización, esto es, teniendo en cuenta su evolución personal en relación con la actividad delictiva.

go Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López (CEREZO MIR / SUÁREZ MONTES / BERISTAIN IPIÑA / ROMEO CASABONA), Ed. Comares, Granada 1999, p. 575; POZA CISNEROS, María, “Suspensión, sustitución...”, cit., p. 346.

⁷ Se señala a este respecto en la Exposición de Motivo de la LO 1/2015 que “esta modificación refleja el sentido general de la reforma en el sistema de penas: se introducen mecanismos e instituciones que pretenden ofrecer una respuesta contundente a los delincuentes multirreincidentes; y, de un modo coherente, se ofrecen nuevas posibilidades de obtener la libertad a los penados primarios que presentan un pronóstico favorable de reinserción”.

f) la satisfacción de la responsabilidad civil *ex delicto*.

El reconocimiento de esta modalidad ordinaria excepcional, a diferencia de la modalidad ordinaria genérica, queda a la completa discrecionalidad del JVP, aún cuando concurren todos los requisitos señalados en el art. 90.3 CP. Se trata de una previsión que, aplicando los principios de la justicia terapéutica, habilita el adelantamiento de la salida definitiva de prisión de sujetos que presentan bajo riesgo de reincidencia y cuya estancia prolongada en prisión puede conllevar un notable peligro de contaminación criminógena⁸.

De su ámbito de aplicación se excluyen, en todo caso, a los condenados por la comisión de delitos contra la libertad o indemnidad sexual (arts. 178 a 194 CP), en el seno de organizaciones o grupos criminales (arts. 570 bis a 570 quáter CP), en el seno de organizaciones o grupos terroristas (arts. 571 a 572 CP) o de terrorismo (arts. 573 a 580 CP). Esta previsión resulta del todo punto criticable ya que parte de la premisa de la peligrosidad intrínseca de los delincuentes que responden a determinados perfiles criminológicos, sin que dicha peligrosidad, por otra parte, cuente, en buena parte de los casos, con respaldo empírico⁹.

2.2.1. El concepto de primariedad penitenciaria

De conformidad con lo establecido en el art. 90.3.a) CP, la aplicación de este régimen excepcional de libertad condicional exige que el sujeto se encuentre cumpliendo su primera condena de prisión. Este requisito relativo a la primariedad penitenciaria concurrirá en aquellos sujetos que no hayan sido condenados por la comisión de un delito a una pena de prisión con anterioridad que hubiera sido efectivamente cumplida o que, en caso de haberlo sido, sus antecedentes penales ya se encuentren cancelados o sean cancelables. Tampoco se tomarán consideración, a tal efecto, las condenas a penas

8 GARRIDO LORENZO, María Ángeles, “La nueva regulación de la libertad condicional”. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Garrido%20Lorenzo,%20M%C2%AA%20%C3%81ngeles.pdf?idFile=091176f1-f7d2-46a3-bdde-ef9e7b4e7a7b, p. 19.

9 Críticos a este respecto se muestran, entre otros, BARQUÍN SANZ, Jesús, “De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional”, en *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (MORILLAS CUEVAS), Ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 258; GUIASOLA LERMA, Cristina, “Libertad condicional: (arts. 90, 91 y 92)”, en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* (GONZÁLEZ CUSSAC), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 386.

de prisión que hayan sido objeto de suspensión ordinaria o excepcional en la medida en que, por la aplicación de estas instituciones, no han llegado a ejecutarse¹⁰. No pueden equiparse, a este respecto, los términos primariedad penitenciaria y delincuente primario, circunstancia esta última de carácter más restringido, que sólo se predicará con relación a aquellos sujetos que no hubieran sido condenados con anterioridad, con independencia del tipo de pena, por la comisión de cualquier delito o, en caso de haberlo sido, sus antecedentes penales ya se encuentren cancelados o sean cancelables¹¹.

Por tanto, esta nueva modalidad podrá aplicarse a todos aquellos sujetos condenados por la comisión de uno o más delitos, siempre y cuando la condena resultante de la acumulación jurídica no supere los tres años de prisión. Este límite temporal restringe, notablemente, su ámbito de aplicación sin que se llegue a comprender el motivo de esa concreta elección sin ninguna conexión con otros marcos temporales señalados en el Código Penal como, por ejemplo, el que delimita los delitos menos graves de los graves (art. 33.2 CP)¹².

2.2.2. Evaluación de la conducta del condenado

A efecto de evaluar la buena conducta observada por el sujeto durante el

10 BARBER BURUSCO, María Soledad, “La libertad condicional conforme a la LO 1/2015, de 30 de marzo: ¿Instrumento diseñado para prolongar el control penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n° 36, 2016, pp. 691-692; DE PAÚL VELASCO, José Manuel, “Comentario de urgencia sobre las modificaciones introducidas por la LO 1/2015 en el régimen de la suspensión de condena y de la libertad condicional”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 24, 2015, p. 30; SALAT PAISAL, Marc, “Análisis del instituto de la libertad condicional en la reforma del CP de 2015”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 19, 2015, p. 426; el mismo: “Libertad condicional”, en *Comentario a la reforma penal del 2015* (QUINTERO OLIVARES), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 194; Conclusión 5 de las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016.

11 PÉREZ RIVAS, Natalia, “Imputables y peligrosidad: la medida de libertad vigilada en el sistema penal español”, *Cartapacio de Derecho*, n° 33, 2018, p. 10 y bibliografía allí citada.

12 Por su parte, DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, “La libertad condicional como forma de suspensión de la ejecución de la pena”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 21, 2014, p. 26, aboga por la supresión de todo límite temporal al entender que “este tipo de herramientas no se compatibilizan bien con exigencias o criterios temporales que limitan o neutralizan los principales efectos que formalmente persiguen: evitar la desocialización del penado”.

cumplimiento de la pena, en los términos anteriormente expuesto, el JVP deberá tomar en consideración los siguientes elementos: la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. En esencia, ello conlleva, pese a la falta de referencia expresa en la redacción actual del precepto, la necesaria existencia, respecto del condenado, de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social (baja peligrosidad criminal)¹³. Así se infiere, por otro lado, de lo preceptuado en el art. 90.5 CP en que se hace referencia a la posibilidad, por parte del JVP, de revocar “la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada”.

Para la formulación de dicho pronóstico, el JVP deberá tomar en consideración, igualmente, el informe pronóstico final elaborado por la Junta de Tratamiento del centro penitenciario en que se halle recluido el penado, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, como se deriva de lo preceptuado en los arts. 67 LOGP y 192 y ss. RP.

2.2.3. La exigencia de la previa satisfacción de la responsabilidad civil: aspectos críticos

La concesión de la libertad condicional no tendrá lugar, en ningún caso, si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del art. 72 LOGP. Esta previsión constituye “un inequívoco medio de presión al condenado que repercute, sin duda”, en beneficio de la víctima”, en la medida en que “se está forzando por medio penal el cumplimiento del deber civil de indemnización”¹⁴.

13 Instrucción DGIP 4/2015, sobre aspectos de la ejecución penal afectados por la reforma del Código Penal en la LO 1/2015 de 30 de marzo, p. 7 y p. 11.

14 ALASTUEY DOBÓN, M^a del Carmen, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 266-267.

Es evidente que la reparación voluntaria es un signo inequívoco de una voluntad de integración social del penado¹⁵, pues supone una clara manifestación de su asunción de las consecuencias derivada del delito¹⁶. Tampoco cabe desconocer sus efectos preventivo-generales, “en el sentido de que la comunidad no comprendería liberar al penado de su pena y no atender al mismo tiempo los derechos de la víctima, pues ello sería considerado por la población como una injustificada indulgencia que conlleva a una desconfianza hacia la eficacia del derecho”¹⁷.

La redacción del art. 72.5 LOGP no deja claro si, de cara a la formulación de ese pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, el penado debe haber satisfecho la responsabilidad civil (tesis retributiva) o, por el contrario, es suficiente con que se haya esforzado por reparar el daño causado (tesis resocializadora)¹⁸.

Una aplicación rigorista del requisito en cuestión resulta difícilmente sostenible en la medida en que ello conllevaría una clara vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) en relación con la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad impuesta del art. 25.2 CE, al representar una discriminación por causa de la capacidad económica del interno. Entendemos, por ello, que su exigencia no puede concebirse como un requisito rígido, sino que su observancia habrá de valorarse tomando en consideración aspectos tales como “las condiciones personales y patrimoniales del culpable” o “las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura”. Se trata de una solución

15 BOULOC, Bernard: *Droit de l'exécution des peines*, Ed. Dalloz, París, 4ª ed., 2011, pp. 37-38.

16 En este sentido, y de cara a incentivar esa actitud del penado favorable a la reparación de la víctima, sería importante que el interno, a su ingreso, además de ser informado sobre el régimen del establecimiento, sus derechos y deberes, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas o recursos, fuese instruido acerca de las posibilidades y de las ventajas de proceder a la reparación de la víctima, debiendo procederse, de *lege ferenda*, a la inclusión de este extremo en los arts. 49 LOGP y 52.1 RP. NISTAL BURÓN, Javier, “El desamparo de la víctima en la fase penitenciaria de la ejecución penal: algunas consideraciones en torno al objetivo prioritario de la pena”, *Diario La Ley*, nº 7157, 2009, p. 13. En esta misma línea el informe del Conseil National de l'aide aux victimes: *L'accompagnement de la victime dans la phase d'exécution de la décision*, 2006, p. 13.

17 Exposición de Motivos de la LO 7/2003, de 30 de junio.

18 CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Responsabilidad civil y tratamiento penitenciario”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 22, 2006, p. 119; la misma, “La clasificación en tercer grado como instrumentos de resocialización”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 84, 2005, p. 173.

de equilibrio entre el interés de la víctima en la reparación postdelictual y el derecho del interno a su reinserción, conforme a la que, a efectos de verificar la observancia de este requisito, deberá tomarse en consideración, más que la estricta satisfacción de la responsabilidad civil, la existencia de una disposición activa y colaboradora por parte del penado, en suma, a la reparación en función de la propia capacidad¹⁹.

En ambos casos se hace referencia, no obstante, a la reparación en sentido material circunscribiendo su ámbito, por tanto, a la responsabilidad civil *ex delicto* definida en el art. 110 CP –restitución, reparación del daño e indemnización de perjuicios materiales y morales–. La alusión a la reparación en sentido material impide acoger formas simbólicas como la petición de perdón o la participación en programas de justicia restaurativa, obviando el legislador que las necesidades de la víctima exceden, con mucho, del mero resarcimiento económico. No se encuentra, ciertamente, una explicación lógica para esta restricción, si tenemos en cuenta que lo que se está valorando no es, como ya hemos dejado sentado, la reparación en sí misma –la satisfacción de los intereses económicos de la víctima no constituye un objetivo prioritario– sino el esfuerzo realizado a este respecto por el penado en tanto que acto de restablecimiento del orden jurídico y de la realidad vital de la víctima.

19 GRANADOS PÉREZ, Carlos, *Responsabilidad civil ex delicto*, Ed. La ley, Madrid, 2010, p. 707; MARTÍN RÍOS, M^a del Pilar, *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal: una aproximación victimológica*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, p. 171; LEGANÉS GÓMEZ, Santiago, *La evolución de la clasificación penitenciaria*, Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2005, p. 274; FARALDO CABANA, Patricia, “Satisfacción de los intereses patrimoniales de la víctima y resocialización del condenado”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVI, 2006, p. 37; CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Los nuevos de clasificación penitenciaria” en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n^o 8, 2004, p. 11; TAMARIT SUMALLA, Josep María / GARCÍA ALBERO, Ramón / RODRÍGUEZ PUERTA, María José / SAPENA GRAU, Francisco, *Curso de derecho penitenciario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 282-283; TÉBAR VÍLCHES, Beatriz, *El modelo de libertad condicional español*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 164-165; RENART GARCÍA, Felipe, *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, Ed. Edisofer, Madrid, 2003, p. 122. Esta es la interpretación sostenida en el criterio 54 de los criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XVIII reuniones celebradas entre 1981 y 2009 que establece que la satisfacción de la responsabilidad civil hace referencia “al aspecto de la personalidad del acusado relativo a su actitud o posición ante el delito, y comporta la plena asunción de la responsabilidad delictiva y una inequívoca voluntad de reparación del daño causado por el delito, materializada en el esfuerzo dirigido a esa reparación”.

A este respecto, durante la tramitación parlamentaria del Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2009, que concluiría en la LO 5/2010, se presentaron diversas enmiendas dirigidas, precisamente, a reforzar el papel de la reparación en sentido amplio en la fase de la ejecución de la pena. Así, se abogaba por que, a la hora de conceder la libertad condicional, el JVP valorase positivamente la participación del penado en programas de mediación y reparación del daño, de tal forma que, concurriendo esa circunstancia, la no concesión de la libertad condicional debiese motivarse expresamente²⁰. Dichas enmiendas no prosperaron pese a lo acertado, en nuestra opinión, de su contenido.

Resulta de interés, en este punto, la reforma operada por la LO 1/2015 en el marco de la suspensión excepcional de la pena (antigua sustitución) que procede a reconocer, efectos jurídicos directos, a los acuerdos mediatorios alcanzado entre el autor y la víctima como una alternativa válida a la satisfacción de la responsabilidad civil resarcimiento económico (art. 80.3 CP)²¹.

Por todo ello estimamos que debiera, de *lege ferenda*, procederse a sustituir la actual redacción del art. 75.2 y 6 LOGP por la referencia genérica al esfuerzo realizado por el penado para reparar el daño causado²². Esa alusión a la reparación, en tanto que no adjetivada como material, permitiría comprender, por otra parte, toda medida que conlleve una restauración de la víctima²³, como pudieran ser, a semejanza de los preceptuado en el art. 80.3 CP (suspensión excepcional de la pena), los acuerdos alcanzados por las partes en el marco de un programa de justicia restaurativa.

20 Enmienda núm. 43 formulada por el Grupo parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya-Verds [Congreso 18 de marzo de 2010 - Serie A. núm. 52-9] y enmienda núm. 222 formulada por el Grupo parlamentario Entesa Catalana de Progrés [BOCG, Senado, Serie II -27 de mayo de 2010- núm. 48 (c)].

21 PÉREZ RIVAS, Natalia, “El cumplimiento del acuerdo mediatorio como condición de la suspensión excepcional de la pena”, en *El nuevo proceso penal sin código procesal penal* (CASTILLEJO MANZANARES), Ed. Atelier, Barcelona, pp. 561-573 (en prensa); ROIG TORRES, Margarita, “La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el derecho penal de autor”, *Revista Penal*, nº 33, 2014, p. 201.

22 En este sentido se había ya pronunciado el CGPJ en su Informe, de 4 de febrero de 2003, sobre el Anteproyecto de Ley orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, p. 28.

23 FARALDO CABANA, Patricia, “Satisfacción de los intereses patrimoniales...”, cit., p. 28; VIDAL CASTAÑÓN, Alberto, *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad. Análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2006, p. 72.

2.3. Requisitos facultativos para la concesión de la libertad condicional

A efectos de resolver sobre la concesión o no de la libertad condicional, el JVP deberá tomar en consideración, igualmente, lo dispuesto en el apartado 4 del art. 90 CP. En él se contempla la posibilidad de denegar la suspensión del resto de la ejecución de la pena y, en consecuencia, el otorgamiento de la libertad condicionada en los casos en que el penado bien no dé información exacta o esta resulte insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado bien no dé cumplimiento, conforme a su capacidad, al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, ya bien facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el art. 589 LEC.

Asimismo, también podrá denegar la concesión de la libertad condicional a aquellos condenados por la comisión de un delito contra la Administración Pública (arts. 404 a 445 CP) cuando éstos hubieran eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado²⁴.

A diferencia de los requisitos establecidos en los arts. 90.1 y 3 CP, estos criterios no vinculantes cuya inobservancia faculta al JVP para denegar, si así lo estima conveniente, la concesión de la libertad condicional en tanto que ello pone de manifiesto la falta de voluntad de integración social del penado²⁵.

Resulta cuanto menos sorprendente las referencias que se realizan, en este precepto, al incumplimiento del compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado así como a la falta de reparación del daño económico causado a la Administración (art. 110 CP)²⁶, en tanto que, estas circunstancias, se hallan ya integradas en la exigencia de la previa satisfacción de la responsabilidad civil configurado, tal y como hemos visto, como requisito imperativo para la concesión de la libertad condicional (arts. 90.1 CP y 72.5 LOGP)²⁷.

24 Previsión que es calificada por DE PAÚL VELASCO, José Manuel, “Comentario de urgencia...”, cit., p. 29, como “un alarde de populismo punitivo”.

25 BOULOC, Bernard: *Droit de l'exécution...*, cit., pp. 37-38.

26 De conformidad con el art. 110 CP, la reparación del daño se halla integrada en la responsabilidad civil *ex delicto*.

27 BARBER BURUSCO, María Soledad, “La libertad condicional...”, cit., p. 686; SALAT PAISAL, Marc, “Análisis del instituto...”, cit., p. 421.

3. EL PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

Es a la Junta de Tratamiento a la que, de oficio o, previa petición del penado (art. 90.7 CP)²⁸, corresponde iniciar la tramitación del expediente, antes de que se alcance la mitad del cumplimiento de la condena, a efectos evitar retrasos en la concesión (art. 194 RP)²⁹.

Concluida la tramitación del expediente, la Junta de Tratamiento lo elevará al JVP, incorporando los certificados e informes necesarios para acreditar la existencia de los requisitos legales y, en su caso, la propuesta razonada de autorización de la libertad condicional (art. 198.1 RP), así como las reglas de conducta a imponer de entre las contempladas en el art. 83.1 CP (art. 195.i RP). En dicha propuesta, carente de carácter vinculante para el JVP, la Junta se limitará a realizar una valoración global, a la vista de los documentos que obran en el expediente, sobre la conveniencia de conceder o denegar la libertad condicional³⁰. En este punto, para facilitar la tarea decisoria del JVP,

28 De esta opinión, Conclusión 6 de las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016; Instrucción DGIP 4/2015, sobre aspectos de la ejecución penal afectados por la reforma del Código Penal en la LO 1/2015 de 30 de marzo; GUISSOLA LERMA, Cristina, “Libertad condicional...”, cit., p. 384, quien critica, no obstante, la lamentable redacción, a este respecto, del art. 90.7 CP.

29 La tramitación del expediente deberá realizarse incluso si el interno no reúne los demás requisitos exigidos en el CP para su concesión en base a dos argumentos: a) los términos imperativos en que aparece redactado el art. 198.2 RP (“en todo caso, el expediente de libertad condicional deberá tener entrada en el Juzgado de Vigilancia antes del cumplimiento del tiempo requerido de condena, debiendo justificarse, en caso contrario, el retraso de su envío”); b) la competencia exclusiva para la resolución de las propuestas de libertad condicional que el art. 76.2.b LOGP atribuye al JVP. En caso de pasividad de la Administración Penitenciaria nada obsta para que el interno o el MF se dirijan al JVP, que conforme al art. 76.2.g LOGP podrá “acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficio penitenciarios de aquellos”. Incluso, la libertad condicional podría ser concedida prescindiendo del expediente de libertad condicional si el JVP dispone de información suficiente que le permita verificar la concurrencia de los requisitos exigidos para su concesión. TÉBAR VÍLCHES, Beatriz, *El modelo de libertad...*, cit., p. 200.

30 Buena prueba de esa carencia de valor vinculante es que como concluye TÉBAR VÍLCHES, Beatriz, *El modelo de libertad condicional...*, cit., pp. 248-249 en su estudio sobre las variables de la libertad condicional, la divergencia entre el signo del acuerdo ele-

tanto en el informe de pronóstico como en el acuerdo de la Junta –los cuales no tienen por qué ser coincidentes– deberán exponerse los factores favorables y desfavorables que concurren en el penado con vistas a su reinserción. Tratándose de un condenado por un delito relacionado con la violencia de género, deberá valorarse, específicamente, el seguimiento y aprovechamiento por parte del interno del programa impuesto para su rehabilitación (art. 42 LOVG).

El JVP es el encargado de resolver sobre la propuesta, previa valoración de la información contenida en el expediente administrativo y, en particular, de los beneficios que para la resocialización del interno conlleva el otorgamiento de la libertad condicional y de los riesgos que puedan derivarse para la seguridad de terceros. El resultado de la ponderación debería ser favorable a la concesión cuando los riesgos no existan o, existiendo, puedan ser minimizados -en una interpretación que ahonda en orientación terapéutica de la justicia- mediante la imposición de las reglas de conducta o medidas previstas en el art. 83.1 CP, las cuales deberán ser concretas por la administración penitenciaria, como hemos señalado, en el informe a remitir al JVP³¹.

4. LAS PROHIBICIONES, LOS DEBERES Y LAS OBLIGACIONES A OBSERVAR DURANTE EL PERIODO DE LIBERTAD CONDICIONAL

4.1. Las prohibiciones, los deberes y las obligaciones a observar durante el periodo de libertad condicional: contenido

La posibilidad de que, al acordar la concesión de la libertad condicional, el JVP pueda imponer determinadas reglas de conducta se remonta al art. 101 in fine del proyecto de CP de 1980, a cuyo tenor “el JVP podría imponer al reo la observancia de reglas de conducta y la realización de tareas tendentes a evitar la recaída en el delito y a favorecer su reinserción social, así como disponer que se le prestase ayuda por los organismos asistenciales de Instituciones penitenciarias”. Dicho precepto no llegaba, sin embargo, a especificar su contenido.

En su redacción original, el art. 90.2 CP -heredero en este punto de lo dispuesto en el art. 91 del proyecto de reforma del CP de 1994- únicamente

vado por la Junta de Tratamiento y la decisión del JVP se sitúa en un 19%. Más influencia parece tener en su decisión el sentido del informe del pronóstico social con el que el nivel de divergencia se reduce al 16%.

31 TÉBAR VÍLCHEZ, Beatriz, *El modelo de libertad condicional...*, cit., pp. 163-164.

posibilitaba que se impusiesen, como condiciones a observar durante el periodo de libertad condicional, las medidas previstas en el art. 105 CP. Desde la doctrina se calificaba como sorprendente esta vinculación dada la misma finalidad que se predica respecto de las reglas de conducta en los periodos de suspensión de la ejecución de la pena (art. 83.1 CP) y de la libertad condicional³². El desconocimiento de otras posibles combinaciones entre penas y medidas de seguridad³³ motivó un buen número de críticas, que venían a sumarse a las ya formuladas por quienes destacaban la inidoneidad de la aplicación de ciertas medidas en el ámbito de la libertad condicional.

La reforma operada por la LO 7/2003 vino a dar satisfacción a alguna de las demandas de la doctrina, al permitir supeditar el disfrute de la libertad condicional al cumplimiento de las reglas de conducta del art. 83.1 CP³⁴. Se mantuvo, no obstante, la remisión a las medidas de seguridad no privativas de libertad, si bien mencionando el art. 96.3 CP en lugar del art. 105 CP³⁵. En la reforma de 2015, se ha procedido a suprimir, finalmente, esa referencia a las medidas de seguridad no privativas de libertad (art. 90.5 CP).

Las prohibiciones, deberes y obligaciones contempladas en el art. 83.1 CP pueden clasificarse, según su finalidad, en tres bloques:

a) Medidas orientadas a la protección de la víctima: la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima u otras personas que el JVP determine (art. 83.1.1^a CP); la obligación de mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del juez o tribunal (art. 83.1.3^a); la prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo (art. 83.1.4^a).

b) Medidas de contenido asegurativo: la prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a

32 ALASTUEY DOBÓN, M^a del Carmen, *La reparación a la víctima...*, cit., pp. 314-315.

33 TAMARIT SUMALLA, Josep María / GARCÍA ALBERO, Ramón / RODRÍGUEZ PUERTA, María José / SAPENA GRAU, Francisco, *Curso de derecho...*, cit., p. 354.

34 La ampliación del catálogo de reglas de conducta aplicables durante el periodo de libertad condicional fue valorado positivamente, al permitir una mayor adaptación del periodo de libertad condicional a las necesidades del penado.

35 La remisión a las medidas de seguridad no privativas de libertad tenía por única finalidad posibilitar que dichas medidas pudieran ser impuestas como condiciones a observar durante el periodo de libertad condicional, sin que ello prejuzgase, en ningún caso, su naturaleza como tales. Esta remisión obedecía, por tanto, a meras razones de economía legislativa.

hacerlo (art. 83.1.2^a CP); comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez o tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas (art. 83.1.5^a CP); la prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos (art. 83.1.8^a CP).

c) Medidas de corte terapéutico: la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares (art. 83.1.6^a CP); la obligación de participar en programas de deshabitación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos (art. 83.1.7^a CP); la obligación de cumplir los demás deberes que el juez o tribunal (JVP en nuestro caso) estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona (art. 83.1.9^a CP).

El extenso catálogo de las medidas contempladas en el art. 83.1 CP³⁶, junto con el amplio margen de discrecionalidad que la última de las obligaciones reconoce al JVP (art. 83.1.9^a CP), constituye, sin duda, un acierto del legislador teniendo en cuenta que “el dinamismo inherente a toda intervención tratamental encaminada a la resocialización del infractor demanda”, sobre la base de los principios de TJ ya mencionados, “cierta flexibilidad y adecuación a la evolución personal del mismo”³⁷.

4.1.1. La reparación como obligación durante la libertad condicional

La imposición de la reparación a la víctima como una condición a observar en el marco de la ejecución de la pena y, en concreto, durante el periodo de

³⁶ Las prohibiciones, deberes y obligaciones que pueden ser impuestas en el marco del periodo de libertad condicional se han incrementado en tres con relación a las existentes en el régimen anterior a la reforma de 2015.

³⁷ NISTAL BURÓN, Javier, “El nuevo régimen jurídico de la libertad condicional en la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal. De la teoría penal a la praxis penitenciaria”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.5, 2015, pp. 8-9.

libertad condicional se ve amparada por la normativa internacional. A este respecto, la Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de ministros del Consejo de Europa, el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal establece, en su punto 13, que “debería darse una gran importancia a la reparación por el delincuente del perjuicio sufrido por la víctima cuando la jurisdicción pueda, entre otras modalidades, añadir condiciones de orden pecuniario a la resolución que acuerda un aplazamiento o una suspensión de la pena o una puesta a prueba o cualquier otra medida similar”. Por su parte, la Recomendación (2003) 22, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 24 de septiembre de 2003, relativa a la libertad condicional dispone en el punto nº 8 de su articulación, con relación a la condiciones que pueden ser impuestas durante el disfrute de la libertad condicional, que “con la finalidad de reducir el riesgo de reincidencia de los penado que se benefician de la libertad condicional, debería ser posible imponerle condiciones individualizadas tales como [...] la reparación del daño causado a las víctimas, o pagar una indemnización”. En el Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea se incide en que “debería darse una gran importancia a la reparación por el delincuente del perjuicio sufrido por la víctima cuando la jurisdicción pueda, entre otras modalidades, añadir condiciones de orden pecuniario a la resolución que acuerda un aplazamiento o una suspensión de la pena o una puesta a prueba o cualquier otra medida similar”. En sentido similar, en el 12º Congreso de las NN.UU sobre prevención del delito y la justicia penal [A/CONF.213/16], en el marco del seminario sobre estrategias y mejores prácticas para prevenir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios, se concluye que la legislación y las políticas deberían prever claramente la posibilidad de la libertad condicional y de la puesta en libertad anticipada, junto con las condiciones que deben darse para ello. Entre el elenco de condiciones que podrían imponerse se hace referencia expresa al pago de una indemnización o reparación a las víctimas.

Pese a ello, el legislador español no contempló esta posibilidad, de forma expresa, en el art. 83.1 CP. Esta ausencia es calificada por TAMARIT SUMALLA como un “defecto grave, dadas sus potencialidades a favor de la víctima y de la resocialización del condenado [...]”³⁸. Señala este mismo autor que

38 TAMARIT SUMALLA, Josep María, “Hechos postdelictivos e individualización de la ejecución”, en *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena* (ASÚA BATARRITA / GARRO CARRERA), Ed. Servicio de publicaciones de la Universidad del

“la referida laguna no puede ser justificada con el débil argumento de que tendría carácter reiterativo, dada la exigencia del resarcimiento como condición previa. Semejante explicación prescinde de diversos hechos difícilmente contestables, como que la imposibilidad de haber satisfecho la responsabilidad civil no impide a elaboración de un plan de pago posterior, que el mismo art. 83.1 CP prevé la declaración de una imposibilidad parcial, o que ante la inviabilidad de la restitución o el pago directo cabe aplicar formas de reparación inmaterial o en forma de trabajos a favor de la víctima, sin olvidar las posibilidades de una reparación simbólica”³⁹. En efecto, ante supuestos de cumplimiento parcial de la satisfacción de la responsabilidad civil o de ratificación de un plan de pagos, el legislador no ha articulado mecanismo alguno que permitiese, con posterioridad, canalizar esa reparación todavía no materializada ni previsto, por tanto, las consecuencias en caso de verificarse la falsedad de la voluntad declarada⁴⁰.

Esta laguna fue solventada, de *lege lata*, a través de la cláusula residual del art. 83.1.5^a CP (actual art. 83.1.6^a CP). Dicho precepto permite imponer cualquier obligación que el órgano judicial estime conveniente para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, entre las que cabe pensar, lógicamente, en medidas de contenido reparador⁴¹. Así lo en-

País Vasco, 2009, p. 123; mismo autor: *La justicia reparadora en la ejecución penal...*, cit., pp. 28-29; el mismo, *La víctima en el derecho penal español*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1998, p. 214. De esta opinión, “Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n^o 19, 1996, p. 214.

39 TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La víctima en el...*, cit., pp. 214-215

40 TAMARIT SUMALLA, Josep María, en *Comentarios al Código Penal, Tomo I, Parte General*, (QUINTERO OLIVARES), Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011, p. 635.

41 De esta opinión, entre otros, TAMARIT SUMALLA, Josep María, “La sustitución de las penas de prisión”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010* (ÁLVAREZ GARCÍA / GONZÁLEZ CUSSAC), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 129; el mismo, “La justicia reparadora: ¿una justicia para la víctima?”, en *Manual de Victimología* (BACA BALDOMERO / ECHEBURÚA ODRIOZOLA / TAMARIT SUMALLA), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 368; el mismo, *La víctima en el...*, cit., p. 215; PUENTE SEGURA, Leopoldo: *Suspensión y sustitución de las penas*, Ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 122; LEGANÉS GÓMEZ, Santiago, “La reparación penitenciaria del delito”, *La Ley Penal*, n^o 45, 2008, p. 4; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José: “Las víctimas en el sistema penal. En especial, la justicia restaurativa”, *Estudios de Derecho Judicial*, n^o 121, 2007, pp. 259-260; MARTÍN RÍOS, M^a del Pilar, *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal: una aproximación victimológica*, Ed. La Ley, Madrid, pp. 166-167; MANZANARES SAMANA-NIEGO, José Luis, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Ed. Coma-

tendieron, también, los JVP, si bien circunscribiendo esa posibilidad al mero resarcimiento económico, al concluir, en su criterio de actuación núm. 129, que “la imposición al liberado condicional como regla de conducta, por parte del Juez de Vigilancia, de la obligación de satisfacer una determinada cantidad mensual hasta el completo pago de la responsabilidad civil pendiente, al amparo de lo dispuesto en el art. 83.1.5º del Código penal, puede ser una vía razonable que posibilite el acceso a la libertad condicional de los penados con responsabilidades civiles de importancia que se comprometieron en su día al pago fraccionado de las mismas y que las vienen satisfaciendo con el producto de su trabajo en régimen abierto”⁴². En este sentido se pronunció también,

res, Granada, 2007, p. 72; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: “La víctima en el sistema de justicia penal II”, en *Manual de victimología* (BACA BALDOMERO / ECHEBURÚA ODRIOZOLA / TAMARIT SUMALLA), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 368; VIDAL CASTAÑÓN, Alberto, *Los institutos de la suspensión y sustitución...*, cit., pp. 35-36; RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, “La mediación en la fase de ejecución del proceso penal”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº extra 1, 2006, p. 173; LÓPEZ CERRADA, Víctor Manuel, “La responsabilidad civil en la L.O. 7/2003 y su incidencia en el tratamiento penitenciario”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 252, 2006, p. 110; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón, “Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del Código Penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, p. 154; TAMARIT SUMALLA, Josep María / GARCÍA ALBERO, Ramón / RODRÍGUEZ PUERTA, María José / SAPENA GRAU, Francisco, *Curso de derecho...*, cit., p. 355; GARCÍA ALBERO, Ramón / TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La reforma de la ejecución penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 105; VARONA MARTÍNEZ, Gema, *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Ed. Comares, Granada, 1998, p. 309; LARRAURI PIJOAN, Elena, “La reparación”, en *Penas alternativas a la prisión* (LARRAURI PIJOAN / CID MOLINÉ.), Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 194.

42 A este respecto, el AJVP de Madrid 309/2010, partiendo de que reparar el daño siempre es positivo y la víctima debe ser especialmente tutelada en la ejecución de la sentencia, estima parcialmente el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal acordando “mantener al penado en situación de libertad condicional e imponer conforme al art. 90.2 del Código Penal en relación con el 83-1-6ª de igual ley, la regla de conducta de que el penado rinda cuentas ante la Administración Penitenciaria de su patrimonio e ingresos, y si resulta solvente, mantenga los pagos parciales que ha venido haciendo en segundo y tercer grado durante el período de libertad condicional, o incluso; si está en su mano abone en una sola vez el resto de lo adeudado”. En esta misma línea el AJVP de Ceuta de cuatro de noviembre de 2005, en cuyo FJ 5º establece que “al amparo de lo preceptuado en el art. 90.2 del Código Penal puede imponer una o varias de las reglas de conducta previstas en los arts. 83 y 96.3 del citado Código, y entre ellas la doctrina y los juzgados de vigilancia

finalmente, la DGIP disponiendo, en su Instrucción 2/2005, que las Juntas de Tratamiento a la hora de elevar el expediente de libertad condicional al JVP podrán proponer una o varias de las condiciones contempladas en el art. 83.1 CP, especialmente, la obligación de realizar los pagos fraccionados de responsabilidad civil a los que se hubiere comprometido.

En atención a ello, BERISTAIN IPIÑA proponía que, de *lege ferenda*, se procediese a la incorporación de una nueva regla de conducta en cuyo texto se estableciese que “el Juez o Tribunal fijará algunas obligaciones o deberes al delincuente para la mejor reparación y/o atención a las víctimas”⁴³, regla que, en opinión de PÉREZ SANZBERRO, debería cumplirse con carácter prioritario⁴⁴. Por su parte, desde la plataforma “Otro derecho penal es posible” proponían adicionar a la 5ª condición (actual art. 83.1.6ª CP) la posibilidad de que al penado, además de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares, se le pueda imponer, previa conformidad, la participación en procesos de justicia restaurativa⁴⁵.

Asimismo, trayendo nuevamente a colación la regulación de la suspensión excepcional de la pena (art. 80.3 CP), podría articularse, bien de forma autónoma bien en el marco del art. 83.1.9ª CP, como condición a observar durante el periodo de libertad condicional, el cumplimiento del acuerdo restaurativo que se hubiera alcanzado entre la víctima y el victimario (art. 84.1.1ª CP)⁴⁶. Esta medida no conllevaría, en modo alguno, la imposición, tanto a la víctima

penitenciaria admiten como regla de conducta, el que penado asuma la obligación de hacer frente a la responsabilidad de forma fraccionada y en un plazo razonable. Por todo ello se impone al interno como regla de conducta que haga frente a la responsabilidad civil derivada del delito mediante pago fraccionado, por meses en una cantidad que resulte razonable de acuerdo con sus circunstancias personales que deberá concretarse mediante comparecencia en el Juzgado en donde se fijará la cantidad mensual a pagar”. En esta línea, AAP de Madrid (Sección 5ª), núm. 3344/2011, de 7 septiembre.

43 BERISTAIN IPIÑA, Antonio, “El nuevo Código Penal desde la victimología”, *Eguzkilore*, extra 10, 1997, p. 84.

44 PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿Apertura de una nueva vía?*, Ed. Comares, Granada, 1999, p. 416.

45 A este respecto se señala en la Conclusión nº 8 del III Congreso Iberoamericano de Justicia Terapéutica que “para alcanzar los objetivos de la TJ se considera indispensable acometer una revisión de los procedimientos legales y de la normativa vigente en línea con sus principios básicos. En este sentido, se pone de manifiesto la pertinencia de potenciar la mediación como modo de resolución de conflictos en todos los ámbitos”.

46 PÉREZ RIVAS, Natalia, “El cumplimiento del acuerdo mediatorio...”, cit., pp. 567-569.

como al victimario, de la obligación de someterse a un proceso restaurativo durante el periodo de libertad condicional. Ello sería contrario, en todo caso, a uno de los principios básicos sobre los que se articulan estos programas como es el de la voluntariedad de ambas partes de someterse a los mismos⁴⁷. Se trataría, simplemente, de una previsión que tendría por finalidad garantizar el cumplimiento de los acuerdos reparatorios que hubieran sido ya alcanzados por las partes en el marco de una práctica restaurativa previa⁴⁸.

4.2. El procedimiento de imposición de las prohibiciones, los deberes y las obligaciones a observar durante el periodo de libertad condicional

La elección por el JVP de las concretas prohibiciones, deberes u obligaciones a imponer vendrá determinada por su adecuación para minorar el riesgo de reincidencia del penado. Estas medidas no pueden, en ningún caso, resultar excesivas o desproporcionadas, debiendo valorarse, a tal efecto, el delito cometido, el tiempo de suspensión decretado y el conjunto de condiciones impuestas⁴⁹.

A este respecto, antes de que el JVP dicte la resolución sobre la concesión de la libertad condicional, dará traslado a las víctimas no personadas en el proceso que así lo hayan solicitado conforme a lo preceptuado en el art. 5.1.m) LEVD⁵⁰, para que, en el plazo de cinco días, formulen las alegaciones que esti-

47 A este respecto, como señala CUADRADO SALINAS, Carmen, “La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, p. 20, “la importancia de la voluntariedad libre e informada, es equiparable al principio de contradicción en el proceso, sin dicho principio no cabría hablar de proceso”.

48 De esta opinión, NISTAL BURÓN, Javier, “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 12.

49 Valoran positivamente esta incorporación, entre otros, BARBER BURUSCO, María Soledad, “La libertad condicional...”, cit., p. 699; GARCÍA ALBERO, Ramón, “La suspensión de la ejecución de las penas”, en *Comentario a la reforma penal de 2015* (QUINTERO OLIVARES), Ed. Aranzadi-Cizur Menor, Navarra, 2015, p. 158; TRAPERO BARREALES, María Anunciación, “El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en el anteproyecto de reforma del CP”, *Diario La Ley*, nº 7941, 2012, p. 4.

50 De conformidad con el art. 5.1.m) LEVD, “toda víctima tiene derecho, desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, a recibir, sin retrasos innecesarios, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los

me oportunas de cara a interesar la imposición al liberado de las condiciones necesarias para garantizar su seguridad (art. 13.2 LEVD) o, en nuestra opinión, una más completa reparación del daño causado por el delito. La titularidad de este derecho se circunscribe, no obstante, a las víctimas de los delitos referenciados en los arts. 36.2 CP y 13.1.a) LEVD cuyo agresor hubiese sido condenado a una pena de más de cinco años de prisión (art. 13.1.b LEVD). Dicha audiencia no tendrá lugar, por tanto, respecto de autos de concesión de libertad condicional de internos primarios, salvo, claro está, que la víctima se hubiera constituido en acusación particular.

En todo caso, tratándose de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, el JVP vendrá obligado a imponer las siguientes condiciones (art. 83.2 CP): a) la prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima o aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal; b) la prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos; c) la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.

4.3. El régimen de modificación de las prohibiciones, los deberes y las obligaciones a observar durante el periodo de libertad condicional

El periodo de libertad condicional puede prolongarse durante un tiempo considerable durante el cual las circunstancias del penado valoradas para su concesión y, en su caso, para la concreción de las condiciones a observar pueden experimentar modificaciones sustanciales. A este respecto, la Junta de Tratamiento, en atención a la aparición sobrevenida de nuevos factores criminógenos o a la positiva evolución de la conducta del penado, podrá pro-

daños y perjuicios sufridos, sobre los siguientes extremos: (...) m) Derecho a efectuar una solicitud para ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el art. 7. A estos efectos, la víctima designará en su solicitud una dirección de correo electrónico y, en su defecto, una dirección postal o domicilio, al que serán remitidas las comunicaciones y notificaciones por la autoridad". Más ampliamente sobre el derecho a la información de la víctima, PÉREZ RIVAS, Natalia, *Los derechos de la víctima en el sistema penal español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 69-85.

poner al JVP la adopción de alguna de las siguientes medidas (art. 85 CP)⁵¹: a) la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones que resulten menos gravosas; b) la modificación de las que ya hubieran sido acordadas por otras menos gravosas; c) el alzamiento de todas o alguna de ellas.

El JVP procederá a resolver motivadamente a la vista de los informes que a este respecto le sean remitidos por la Junta de Tratamiento, previa audiencia del MF y del penado. La participación de la víctima tanto en su condición de parte contingente –con las limitaciones antes señaladas– como en su condición de parte procesal debe limitarse, en coherencia con lo preceptuado en el art. 13.2 LEVD, a aquellos supuestos en que la modificación afecte a alguna de las condiciones que tienen la tutela de sus intereses.

Esta flexibilización del régimen de ejecución de la libertad condicional permite que su contenido se vaya adaptando a las circunstancias concurrentes en el sujeto en cada momento con la finalidad última de lograr su mejor reinserción social⁵².

5. DURACIÓN

La concesión de la libertad condicional conllevará la suspensión de la ejecución del resto de la pena por un determinado plazo. Esta suspensión se prolongará, tratándose de penas temporales como en el supuesto aquí analizado, durante un periodo de entre 2 y 5 años, a contar desde la fecha de puesta en libertad del penado. Ello es así, salvo que el tiempo que reste de cumplimiento de condena sea superior, en cuyo caso el periodo de libertad condicional se extenderá durante el mismo (art. 90.5 CP)⁵³.

51 Si bien con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/2015 el legislador no había previsto, de forma expresa, procedimiento alguno para proceder a una revisión de las condiciones inicialmente impuestas, nada impedía, de *lege lata*, que los JVP procedieran a ello. Criterio núm. 131 de los Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciario en sus XVIII celebradas entre 1981 y 2009.

52 CANO CUENCA, Adoración, “Suspensión de la ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión (arts. 83, 84, 85, 86, 87, 308 bis y 89)”, en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* (GONZÁLEZ CUSSAC), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 348.

53 Conclusión núm. 3 de las Conclusiones del Encuentro de Magistrados y Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2015. Atendiendo al principio de jerarquía normativa y a la consideración de que la ley posterior deroga a la anterior, el art. 201 del RP en el que se

Se pretende, de esta forma, aproximar, en atención a la nueva naturaleza de la libertad condicional, su régimen al de la suspensión de la ejecución de la pena si bien, en este caso, se trata de una previsión fallida que pone, en peor situación, a los condenados a penas de prisión de corta duración⁵⁴. Y ello porque, en estos casos, el penado verá incrementado el tiempo de cumplimiento de la condena al establecerse al fijarse la duración mínima del periodo de libertad condicional en dos años⁵⁵. Así, en el caso de internos primarios condenados a una pena de prisión de tres años, el régimen de libertad condicional podrá extenderse entre un mínimo seis meses y un máximo de tres años y medio desde el momento del cumplimiento de la pena. Esto es tanto como decir que la comisión de un delito menos grave acaba conllevando, en térmi-

expresa que el período de libertad condicional durará todo el tiempo que falte al liberado para cumplir su condena siempre que durante el mismo observe un comportamiento que no dé lugar a la revocación del beneficio y reingreso en el establecimiento penitenciario, debe entenderse derogado. Resulta de interés, a este respecto, el AAP de Valencia de 14 de febrero de 2017 por el cual se resuelve un recurso planteado contra el AJVP denegatorio de la libertad condicional a un interno al que le restaban por cumplir siete años de prisión. El JVP sobre la base de la dicción del art. 90.5 CP interpretó que no era posibles la suspensión de la ejecución del resto de la pena y, en consecuencia, la concesión de la libertad condicional a aquellos internos a los que le restaba por cumplir más de 5 años de prisión, pese a darse la totalidad de los requisitos exigidos en el art. 90.1 CP para su otorgamiento. A tal respecto se concluye por el AAP que “tanto que la frase que a continuación se recoge del tiempo establecido de la suspensión, con independencia de tal establecimiento, en cuanto figura como añadido, que no explicación a la misma, al establecerse tras la norma gramatical de un punto y seguido, determina que existe una separación de enunciados que forman parte de un mismo párrafo, y por lo tanto que perteneciendo lo que se describe a la misma temática, determina una situación nueva. Y esa nueva situación no es otra que en todo caso, es decir “sea lo que fuere, a lo sumo, al menos, como mínimo” la suspensión deberá durar el resto de la pena que quede por cumplir. Por ello esta frase no se considera que deba quedar coartada por el plazo de la frase anterior, sino que regula una nueva situación, que no es otra que para todos los supuestos en que la pena que quede por cumplir sea superior a cinco años, la suspensión abarcará como mínimo el resto que quede por cumplir de la misma, sin la limitación temporal del párrafo anterior”.

54 BARBER BURUSCO, María Soledad, “La libertad condicional...”, cit., p. 697; REBOLLO VARGAS, Rafael, “Algunos aspectos de la nueva regulación de la libertad condicional: algo más que conjeturas problemáticas”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 26, 2016, pp. 29-30; SALAT PAISAL, Marc, “Análisis del instituto...”, cit., p. 429; NISTAL BURÓN, Javier, “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 13.

55 Conclusión 3 de las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016.

no de cumplimiento de la pena, en un delito grave. En estos casos, al penado le resultará más beneficioso rechazar la concesión de la libertad condicional y optar, en su lugar, por el cumplimiento del resto de la pena en el régimen del tercer grado mediante control telemático (art. 86.4 RP)⁵⁶.

A estas críticas se suma el hecho de que el legislador no ha explicitado en momento alguno qué criterios que serán tomados en consideración para concretar, en estos casos, la exacta duración, dentro de ese marco temporal, del periodo de libertad condicional⁵⁷.

Estimamos, por todo ello, que hubiera sido deseable el mantenimiento del régimen anterior a la reforma del 2015, conforme al que el periodo de libertad condicional se extendía, únicamente, el tiempo que le restara al sujeto para cumplir su condena⁵⁸.

6. EL RÉGIMEN DE REVOCACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

De conformidad al régimen anterior a la LO 1/2015, la comisión por parte del liberado de un nuevo delito o la inobservancia de alguno de los deberes o reglas de conducta impuestas conllevaba, inexorablemente, su revocación⁵⁹.

56 REBOLLO VARGAS, Rafael, “Algunos aspectos de la nueva regulación...”, cit., p. 30; SALAT PAISAL, Marc, “Análisis del instituto...”, cit., p. 429; ORTEGA CALDERÓN, Juan Luis, “El nuevo régimen temporal de la libertad condicional en el Código Penal tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo”, *Diario La Ley*, nº 8652, 2015, p. 5.

57 A este respecto, ORTEGA CALDERÓN, Juan Luis, “El nuevo régimen temporal...”, cit., p. 3, que resulta difícil pensar qué variables pueden concurrir para fijar un plazo de mayor duración, teniendo en cuenta que el acceso a la libertad condicional se verifica desde el tercer grado.

58 BARBER BURUSCO, María Soledad, “La libertad condicional...”, cit., p. 696; SALAT PAISAL, Marc, “Análisis del instituto...”, cit., p. 430; NISTAL BURÓN, Javier: “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 13.

59 Esta previsión era contraria a las resoluciones –punto 6.c de la Resolución (70) 1, organización práctica de medidas de vigilancia, asistencia y ayuda postpenitenciaria para las personas sometidas a condena o libertad condicional- y recomendaciones – puntos 7 y 8 de la Recomendación (92) 17, del Comité de ministros del Consejo de Europa, sobre Coherencia en el enjuiciamiento penal- europeas en que, en aplicación del principio de *ultima ratio* de la pena de prisión, abogan para que en caso de incumplimiento de alguna de las condiciones impuestas se puedan aplicar otras respuestas para sancionar ese hecho, sin tener que recurrir necesariamente, como solución única, a la revocación de la libertad concedida.

Algunos autores habían querido matizar este régimen –tan estricto– trayendo a colación lo dispuesto por el art. 201 RP⁶⁰. A tenor de este precepto, si “el liberado volviera a delinquir o incumpliese las reglas de conducta impuestas, en su caso, por el Juez de Vigilancia, el responsable de los servicios sociales lo comunicará, con remisión de cuantos datos puedan ser útiles, a éste para la adopción de la resolución que proceda respecto a la revocación de la libertad condicional”. Ahora bien, la atribución al JVP de la facultad de valorar la procedencia o improcedencia de la revocación en estos casos, que es lo que defendía el sector doctrinal al que estamos aludiendo, chocaba con los preceptuado por el art. 93 CP de mayor jerarquía normativa.

Lo procedente era, pues, modificar este último precepto para dotarlo de mayor flexibilidad⁶¹; y es que, como apuntaban un cierto sector de la doctrina, resultaba ciertamente desproporcionado atribuir el mismo efecto revocatorio a la comisión de un nuevo delito y a la inobservancia de una regla de conducta, sin entrar a considerar, en abstracto, su gravedad o su carácter único o aislado⁶².

Haciéndose eco de estas demandas, el art. 90.5 CP, con remisión al art. 86 CP, articula un sistema que diferencia entre incumplimientos determinantes e incumplimiento no determinantes de la revocación de la libertad condicional⁶³. Ello dota al JVP, sobre la base de los principios de la TJ, de un mayor margen de actuación a la hora de ponderar la concreta decisión adoptar⁶⁴.

60 MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias...*, cit., p. 149.

61 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Ed. Thomson Reuters, 2010, p. 1244; LEGANÉS GÓMEZ, Santiago, *La evolución de la...*, cit., p. 261; DE LAMO RUBIO, Jaime, *El Código penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos de la ejecución penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 112.

62 NAVARRO VILLANUEVA, M^a del Carmen, “La reducción de beneficios penitenciarios en la legislación vigente”, en *Penas alternativas a la prisión* (LARRAURI PIJOAN / CID MOLINÉ), Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 244. Así, comentan TAMARIT SUMALLA, Josep María / GARCÍA ALBERO, Ramón / RODRÍGUEZ PUERTA, María José / SAPENA GRAU, Francisco, *Curso de derecho...*, cit., p. 337, que “no se acierta a comprender el motivo por el que en este caso el legislador no ha dado entrada a soluciones alternativas a la revocación, a diferencia del criterio seguido en el art. 84.2 CP [...]”.

63 Valorando positivamente este hecho, BARBER BURUSCO, María Soledad, “La libertad condicional...”, cit., p. 701.

64 PILLADO GONZÁLEZ, Esther, “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad como manifestación de la justicia terapéutica en el proceso penal español”, *Revista Direito e Inovação*, vol. 3 (3), 2015, p. 35.

6.1. Las causas de revocación de la libertad condicional

6.1.1 Incumplimientos determinantes de la revocación de la libertad condicional

A este respecto, el art. 86.1 CP detalla, en cuatro apartados, las causas cuya concurrencia darán lugar a la adopción, por el órgano judicial, de un auto revocando la libertad condicional previamente otorgada. No obstante, sólo las recogidas en los apartados a), b) y d) de dicho precepto resultan de aplicación a la libertad condicional. En atención a lo allí señalado, son causas específicas de revocación de la libertad condicional las siguientes: a) la condena firme por un delito cometido durante el período de libertad condicional cuando este hecho ponga de manifiesto un cese de la previsión de reinserción, lo que otorga una mayor discrecionalidad y flexibilidad al JVP en cuanto a la decisión a adoptar⁶⁵; b) el incumplimiento grave –concepto jurídico indeterminado cuya concreción queda, pues, a la discrecionalidad judicial– o reiterado de las prohibiciones y los deberes que le hubieran sido impuestos conforme al art. 83.1 CP⁶⁶; c) el facilitar información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; d) no dar cumplimiento al cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello⁶⁷; e) el facilitar información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el art. 589 LEC.

La revocación de la libertad condicional tendrá lugar, asimismo, cuando se observe un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en

65 GARCÍA ALBERO, Ramón, “La suspensión de la...”, cit., p. 167; MUÑOZ CUESTA, Javier, *La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Mu%C3%B1oz%20Cuesta,%20Javier.pdf?idFile=5dcf3f87-d2e7-4f40-b09f-7b8ef794b005, p. 24.

66 Se asimila su redacción a lo preceptuado en el § 56. F. 1. inciso 3 StGB

67 A favor de una previsión de este tenor se había pronunciado ya en su momento MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias...*, cit., p. 113, al señalar que “si de verdad se quería proyectar al condenado el mensaje de que la satisfacción de sus obligaciones es algo tan importante para la justicia como para hacer depender de ello la modulación real de la pena y de esta forma inducir la emergencia del patrimonio oculto, debió preverse la revocación”. De esta misma opinión NAVARRO VILLANUEVA, M^a del Carmen, *Suspensión y modificación de la condena penal*, Ed. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2002, p. 63.

que se fundaba la decisión adoptada, y ese riesgo no pueda ser neutralizado, según nuestro entender, mediante la ampliación o sustitución de las condiciones impuestas, en los términos señalados en el apartado siguiente.

6.1.1.1. Incumplimiento del compromiso de pago de la responsabilidad civil

Uno de los principales motivos por los que la doctrina se oponía a la exigencia de la obligación de pago en el marco de la libertad condicional bien como deber bien como, en el régimen actual, condición resolutoria era que se entendía que su incumplimiento llevaría, inexorablemente, a su revocación resurgiendo, de esta forma, la proscrita institución de la prisión por deudas (art. 25.3 CE)⁶⁸. Entendemos que esa revocación, en atención a la propia redacción del precepto, no tiene porqué producirse necesariamente en todo caso⁶⁹, debiendo distinguirse entre aquellos incumplimientos por causas ajenas a la voluntad del liberado y aquellos otros imputables exclusivamente a éste. Sólo en el segundo de los supuestos, es decir, cuando la falta de pago se deba únicamente a la voluntad contraria del penado a proceder a su satisfacción, podría decretarse dicha revocación.

En caso de inobservancia por causas ajenas a la voluntad del liberado, consideramos que debería aplicarse el régimen de los incumplimientos no determinantes de la revocación de la libertad condicional⁷⁰.

6.1.2. Incumplimientos no determinantes de la revocación de la libertad condicional

En el supuesto de que el incumplimiento por parte del liberado de las prohibiciones, deberes o condiciones no tenga carácter grave o reiterado, el JVP podrá adoptar, alternativamente, en atención al mejor interés rehabilitador

68 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón, “Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional...”, cit., p. 156.

69 Criterio 56 de los criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XVIII reuniones celebradas entre 1981 y 2009.

70 De esta opinión LEGANÉS GOMÉZ, Santiago, *La evolución de la...*, cit., p. 238, para quien “no se podrá revocar la libertad condicional si el liberado deja de satisfacer la responsabilidad por causas ajenas a su voluntad: carecer de trabajo, circunstancias familiares de necesidad económica, etc.”.

del liberado, alguna de las siguientes decisiones (art. 86.2 CP): a) la imposición al penado de nuevas prohibiciones, deberes o condiciones; b) la modificación de las ya impuestas; c) la prórroga del plazo de suspensión de la ejecución del resto de pena, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado. En el caso de internos primarios, de optarse por esta última medida, ello supondría, en la práctica, una nueva ampliación del periodo, ya de por sí superior al tiempo de cumplimiento de condena, durante el que el sujeto permanece bajo el control de la Administración Penitenciaria⁷¹. De haberse impuesto el cumplimiento de un acuerdo mediatorio como condición (art. 83.1.9ª CP), su incumplimiento no habilita, en ningún caso, para modificar su concreto contenido, salvo en lo relativo a su supresión, so pena de desvirtuar la voluntad de las partes⁷².

Asimismo, entendemos que, en caso de incumplimiento por causas ajenas a la voluntad del condenado, el órgano judicial deberá proceder, pese a que el precepto no hace mención alguna a este supuesto⁷³, a la modificación de la prohibición, deber u obligación impuesta.

Nótese que la reforma de 2015 ha procedido a suprimir el régimen excepcional de revocación articulado con relación a los delitos relacionados con la violencia de género. De tal manera que, también en estos casos, la revocación de la libertad condicional otorgada requerirá el incumplimiento reiterado o grave de las prohibiciones y deberes cuya imposición deviene obligatoria conforme a lo preceptuado en el art. 83.2 CP (prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1ª, 4ª y 6ª del art. 83.1 CP).

6.2. El procedimiento de revocación de la libertad condicional

A efectos de determinar la concurrencia de los incumplimientos señalados y, en su caso, las causas, la entidad y las circunstancias concurrentes, el órgano judicial podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias. En todo caso, la resolución a adoptar por el órgano judicial requerirá de la previa audiencia del Fiscal y de las demás partes (con-

71 BARBER BURUSCO, María Soledad, “La libertad condicional...”, cit., p. 701.

72 VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina / PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: “La mediación penal: análisis y perspectivas tras la reforma del Código Penal y la aprobación del Estatuto de la víctima del delito”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 39, 2015, p. 207.

73 TRAPERO BARREALES, María Asunción, “El nuevo modelo de suspensión...”, cit., p. 10.

denado y víctima personada)⁷⁴. La participación de la víctima –circunscrita, únicamente, a la acusación particular⁷⁵– permitirá, en estos casos, por un lado, verificar si ha existido o no el incumplimiento, las circunstancias en que tuvo lugar el incumplimiento, y, por otro, consensuar la medida a adoptar para garantizar la resocialización del penado y su protección⁷⁶. Ello posibilitaría, previa conformidad de las partes, su sometimiento a un proceso de justicia restaurativa.

En todo caso, el JVP podrá acordar de oficio la revocación de la suspensión de la pena y ordenar, en consecuencia, el ingreso inmediato del penado en prisión cuando ello resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima (art. 86.4 CP). No obstante, una vez solventada esta situación, nada impide que se proceda a seguir la correspondiente tramitación.

6.3. La revocación de la libertad condicional: consecuencias

En aquellos supuestos en que, de conformidad con lo anteriormente expuesto, proceda la revocación de la libertad condicional se procederá a ordenar, de forma inmediata, el ingreso del condenado en prisión. En todo caso, el tiempo transcurrido en libertad no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena con independencia de cuál sea el concreto motivo de la revocación⁷⁷. Este era, por otro lado, el régimen que ya venía aplicando en

74 Detalladamente sobre el significado del término “las demás partes” utilizado en el Código Penal, PÉREZ RIVAS, Natalia, *La víctima y el sistema de ejecución penal en España: especial referencia a su papel en la ejecución de la pena privativa de libertad*. Tesis Doctoral Inédita, Universidad de Santiago de Compostela, 2013.

75 Ciertamente, no resulta coherente que las víctimas -personadas o no personadas- que así lo hayan solicitado puedan, de conformidad con el art. 13.2 LEVD, interesar la imposición al liberado de las condiciones necesarias para su mejor tutela, pero no se articule, por el contrario, un trámite de participación para todas ellas en aquellos casos en los que la condición violentada haya sido impuesta para su protección. Bien es verdad que, como ya hemos dejado sentado anteriormente, en la modalidad excepcional de libertad condicional para internos primarios que aquí estamos analizando, la participación de la víctima no personadas está vedada en todo caso.

76 NAVARRO VILLANUEVA, M^a del Carmen, *Suspensión y modificación...*, cit., p. 94; LLORCA ORTEGA, José: “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995* (VIVES ANTÓN / MANZANARES SAMANIEGO), CGPJ, Madrid, 1996, pp. 252-253.

77 Favorable a una previsión de este tenor se manifestó ya en su momento RACIO-

el caso de revocación de la libertad condicional a los condenados por delitos de terrorismo y el que se observa, de forma mayoritaria, en el derecho comparado⁷⁸.

La ejecución de la pena de prisión se reanuda desde donde se suspendió, esto es, no desde la fecha de concesión de la libertad condicional sino desde que el día en que, de forma efectiva, el penado fue puesto en libertad (art. 90.6 CP)⁷⁹.

7. LA REMISIÓN DE LA PENA

Una vez cumplido el plazo de suspensión decretado sin concurrir ninguna de las causas que pueden conllevar a la revocación de la suspensión se acordará por el JVP la remisión de la pena y la puesta en libertad definitiva del penado (art. 87 CP). En consecuencia, el licenciamiento definitivo no podrá producirse hasta que el Juez de Vigilancia de por remitida la pena⁸⁰.

NERO CARMONA, Francisco: Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, p. 283, al considerar que ello constituía “un importante elemento disuasorio para incurrir en causa de revocación”. Por su parte, RENART GARCÍA, Felipe, *La libertad condicional...*, cit., p. 193, estima que “con esta opción político criminal...no solo se roza la vulneración del principio *non bis in idem* si se piensa que con la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo se le está obligando (al condenado) a cumplir dos veces parte de la pena impuesta por un mismo delito, sino que se generan situaciones manifiestamente injustas”.

78 RENART GARCÍA, Felipe, *La libertad condicional...*, cit., p. 262.

79 Una interpretación de otro tenor llevaría a que, en la medida en que ambos momentos no suelen coincidir, una vez revocada la libertad condicional el tiempo de pena a cumplir fuese mayor que en caso de no haberse otorgado aquélla.

80 Conclusión 8 de las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016.

BIBLIOGRAFÍA

- ALASTUEY DOBÓN, M^a del Carmen, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- BARBER BURUSCO, María Soledad, “La libertad condicional conforme a la LO 1/2015, de 30 de marzo: ¿Instrumento diseñado para prolongar el control penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n^o 36, 2016, pp. 663-710.
- BARQUÍN SANZ, Jesús, “De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional”, en *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (MORILLAS CUEVAS). Ed. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 223-267.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón: “Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del Código Penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, pp. 63-214.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio, “El nuevo Código Penal desde la victimología”, *Eguzkilore*, extra núm. 10, 1997, pp. 57-94.
- BOULOC, Bernard, *Droit de l'exécution des peines*, Ed. Dalloz, París, 4^a ed., 2011.
- BUENO ARÚS, Francisco, “Los beneficios penitenciarios a la luz del Código Penal y de la legislación penitenciaria vigentes”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López* (CEREZO MIR / SUÁREZ MONTES / BERISTAIN IPIÑA / ROMEO CASABONA), Ed. Comares, Granada 1999, pp. 565-586.
- CANO CUENCA, Adoración, “Suspensión de la ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión (arts. 83, 84, 85, 86, 87, 308 bis y 89)”, en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* (GONZÁLEZ CUSSAC), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 341-374.
- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Responsabilidad civil y tratamiento penitenciario”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n^o 22, 2006, pp. 89-141.
- “La clasificación en tercer grado como instrumentos de resocialización”, *Estudios de Derecho Judicial*, n^o 84, 2005, pp. 157-204.
- “Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria”, *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n^o 8, 2004, pp. 5-22.
- CUADRADO SALINAS, Carmen, “La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, pp. 1-25.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto: “La libertad condicional como forma de suspensión de la ejecución de la pena”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 21, 2014, pp. 1-44.
- DE LAMO RUBIO, Jaime, *El Código penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos de la ejecución penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- DE PAÚL VELASCO, José Manuel, “Comentario de urgencia sobre las modificaciones introducidas por la LO 1/2015 en el régimen de la suspensión de condena y de la libertad condicional”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 24, 2015, pp. 1-32.
- FARALDO CABANA, Patricia, “Satisfacción de los intereses patrimoniales de la víctima y

- resocialización del condenado”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVI, 2006, pp. 7-80.
- GARCÍA ALBERO, Ramón, “La suspensión de la ejecución de las penas”, en *Comentario a la reforma penal de 2015* (QUINTERO OLIVARES), Ed. Aranzadi-Cizur Menor, Navarra, 2015, pp. 143-171.
- GARCÍA ALBERO, Ramón / TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La reforma de la ejecución penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GARRIDO LORENZO, María Ángeles, *La nueva regulación de la libertad condicional*. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Garrido%20Lorenzo,%20M%C2%AA%20%C3%81ngeles.pdf?idFile=091176f1-f7d2-46a3-bddc-ef9e7b4e7a7b, p. 19.
- GRACIA MARTÍN, Luis / ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen, “La ejecución de las penas privativas de libertad”, en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito* (GRACIA MARTÍN), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GRANADOS PÉREZ, Carlos, *Responsabilidad civil ex delicto*, Ed. La ley, Madrid, 2010.
- GUISASOLA LERMA, Cristina, “Libertad condicional: (arts. 90, 91 y 92)”, en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* (GONZÁLEZ CUSSAC), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp.
- LARRAURI PIJOAN, Elena, “La reparación”, en *Penas alternativas a la prisión* (LARRAURI PIJOAN / CID MOLINÉ.), Ed. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 169-196.
- “Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 19, 1996, pp. 203-218.
- LEGANÉS GÓMEZ, Santiago, “La reparación penitenciaria del delito”, *La Ley Penal*, nº 45, 2008, pp. 1-24.
- *La evolución de la clasificación penitenciaria*, Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2005.
- LLORCA ORTEGA, José: “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995* (VIVES ANTÓN / MANZANARES SAMANIEGO), CGPJ, Madrid, 1996, pp. 215-278.
- LÓPEZ CERRADA, Víctor Manuel, “La responsabilidad civil en la L.O. 7/2003 y su incidencia en el tratamiento penitenciario”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 252, 2006, pp. 77-116.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2007.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2005.
- MARTÍN RÍOS, M^a del Pilar, *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal: una aproximación victimológica*, Ed. La Ley, Madrid, 2007.
- MUÑOZ CUESTA, Javier, *La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Mu%C3%B1oz%20Cuesta,%20Javier.pdf?idFile=5dcf3f87-d2e7-4f40-b09f-7b8ef794b005

- NAVARRO VILLANUEVA, M^a del Carmen, *Suspensión y modificación de la condena penal*, Ed. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2002.
- “La reducción de beneficios penitenciarios en la legislación vigente”, en *Penas alternativas a la prisión* (LARRAURI PIJOAN / CID MOLINÉ), Ed. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 225-250.
- NISTAL BURÓN, Javier: “El nuevo régimen jurídico de la libertad condicional en la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal. De la teoría penal a la praxis penitenciaria”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.5, 2015, pp. 1-14.
- “El desamparo de la víctima en la fase penitenciaria de la ejecución penal: algunas consideraciones en torno al objetivo prioritario de la pena”, *Diario La Ley*, n^o 7157, 2009, pp. 1-21.
- ORTEGA CALDERÓN, Juan Luis, “El nuevo régimen temporal de la libertad condicional en el Código Penal tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo”, en *Diario La Ley*, n^o 8652, 2015, pp. 1-12.
- PÉREZ RIVAS, Natalia, “El cumplimiento del acuerdo mediatorio como condición de la suspensión excepcional de la pena”, en *El nuevo proceso penal sin código procesal* (CASTILLEJO MANZANARES), Ed. Atelier, Barcelona, pp. 561-575 (en prensa).
- *Los derechos de la víctima en el sistema penal español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- *La víctima y el sistema de ejecución penal en España: especial referencia a su papel en la ejecución de la pena privativa de libertad*. Tesis Doctoral Inédita, Universidad de Santiago de Compostela, 2013.
- PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿Apertura de una nueva vía?*, Ed. Comares, Granada, 1999.
- PILLADO GONZÁLEZ, Esther, “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad como manifestación de la justicia terapéutica en el proceso penal español”, *Revista Direito e Inovação*, vol. 3 (3), 2015, pp. 17-38.
- POZA CISNEROS, María, “Formas sustitutivas de las penas privativas”, en *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal* (POZA CISNEROS), GPJ, Madrid, 1996, pp. 185-300.
- REBOLLO VARGAS, Rafael, “Algunos aspectos de la nueva regulación de la libertad condicional: algo más que conjeturas problemáticas”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 26, 2016, pp. 1-38.
- RENART GARCÍA, Felipe, *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, Ed. Edisofer, Madrid, 2003.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, “La mediación en la fase de ejecución del proceso penal”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, n^o extra 1, 2006, pp. 169-190.
- ROIG TORRES, Margarita, “La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el derecho penal de autor”, *Revista Penal*, n^o 33, 2014, pp. 170-207.
- SALAT PAISAL, Marc, “Análisis del instituto de la libertad condicional en la reforma del CP de 2015”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n^o 19, 2015, pp. 415-436.

- “Libertad condicional”, en *Comentario a la reforma penal del 2015* (QUINTERO OLIVARES), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 189-201.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José: “Las víctimas en el sistema penal. En especial, la justicia restaurativa”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 121, 2007, pp. 227-274.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, “La sustitución de las penas de prisión”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010* (ÁLVAREZ GARCÍA / GONZÁLEZ CUSSAC), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 125-130.
- “Hechos postdelictivos e individualización de la ejecución”, en *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena* (ASÚA BATARRITA / GARRO CARRERA), Ed. Servicio de publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2009, pp. 109-124.
- “La justicia reparadora: ¿una justicia para la víctima?”, en *Manual de Victimología* (BACA BALDOMERO / ECHEBURÚA ODRIOZOLA / TAMARIT SUMALLA), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 439-462.
- *La víctima en el derecho penal español*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1998.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María / GARCÍA ALBERO, Ramón / RODRÍGUEZ PUERTA, María José / SAPENA GRAU, Francisco, *Curso de derecho penitenciario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- TÉBAR VÍLCHEZ, Beatriz, *El modelo de libertad condicional español*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2006.
- TRAPERO BARREALES, María Asunción, “El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en el anteproyecto de reforma del CP”, *Diario La Ley*, nº 7941, 2012, pp. 1-24.
- VARONA MARTÍNEZ, Gema, *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Ed. Comares, Granada, 1998.
- VIDAL CASTAÑÓN, Alberto, *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad. Análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2006.
- VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina / PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: “La mediación penal: análisis y perspectivas tras la reforma del Código Penal y la aprobación del Estatuto de la víctima del delito”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 39, 2015, pp. 199-228.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: “La víctima en el sistema de justicia penal II”, en *Manual de victimología* (BACA BALDOMERO / ECHEBURÚA ODRIOZOLA / TAMARIT SUMALLA), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 345-406.
- WEXLER, David, “Nuevo vino en nuevas botellas: la necesidad de diseñar un “código” de procesos y prácticas penales desde la perspectiva de la Justicia Terapéutica”, en *Justicia Terapéutica: experiencias y aplicaciones. II Congreso Iberoamericano de Justicia Terapéutica* (WEXLER / FARIÑA RIVERA / MORALES QUINTERO / COLÍN SOTO), INACIPE, México, 2014, pp. 1-10.
- “Therapeutic Jurisprudence as a theoretical foundation for these new judicial approaches”, en *Judging in a Therapeutic Key: Therapeutic Jurisprudence and the courts* (WINICK / WEXLER), Carolina Academic Press, Durham, 2010, pp. 7-10.

CAPÍTULO XIII

APLICACIÓN DE LA JUSTICIA TERAPÉUTICA EN LA INTERVENCIÓN CON HOMBRES QUE HAN EJERCIDO VIOLENCIA DE GÉNERO

Francisca Fariña Rivera

**Catedrática de Psicología Básica y Psicología Jurídica del Menor
Universidad de Vigo**

Mercedes Novo Pérez

**Profesora Titular de Psicología Jurídica
Universidad de Santiago de Compostela**

Dolores Seijo Martínez

**Profesora Titular de Psicología Jurídica
Universidad de Santiago de Compostela**

Ramón Arce Fernández

**Catedrático de Psicología jurídica y Forense
Universidad de Santiago de Compostela**

Sumario: 1. PROGRAMA GALICIA DE REEDUCACIÓN DE AGRESORES DE GÉNERO. 2. FASES DEL PROGRAMA. 3. TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN 4. PARÁMETROS A CONSIDERAR EN LA EVALUACIÓN DE PROGRAMAS DE INTERVENCIÓN CON AGRESORES DE GÉNERO. 4. PROGRAMAS BASADOS EN EVIDENCIA. REFERENCIAS.

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, conocido como Convenio de Estambul, define la violencia contra las mujeres como una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, designando todos los actos de violencia basados en el género, que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada (p. 9). La violencia de género, en sus distintas manifestaciones como

violencia física, psicológica y sexual (Krug, Dahlberg, Mercy, Zwi y Lozano, 2003), es sin duda un problema global presente en distintos contextos y grupos sociales (OMS, 2002), con un carácter instrumental, de poder y dominio del hombre sobre la mujer (Bell y Naugle, 2008), y con graves consecuencias para las víctimas (Arce, Fariña, y Vilariño, 2015; Brock et al., 2017; Carracedo, Fariña, y Seijo, 2017; López-Soler, Alcántara-López, Castro, Sánchez-Meca, y Fernández, 2017; Rosser, Suriá y Mateo, 2018). Actualmente, la violencia de género se considera un problema de salud pública (Fernández-González, Calvete, y Orue, 2017, OMS, 2013), y en algunos países, como es el caso de España, un problema de Estado.

Para poder analizar la violencia de género en nuestro país, hemos de referirnos a indicadores epidemiológicos que ofrecen datos periódicos, tales como la última Macroencuesta de Violencia contra la Mujer realizada en 2015, por la Delegación de Gobierno para la Violencia de Género, la cual, en su última edición, concluye que el 12.5% de las mujeres encuestadas (mayores de 16 años) afirman haber sufrido violencia física o sexual por parte de su pareja o ex pareja alguna vez en su vida, y un 25.4% violencia psicológica o de control. A este respecto, también han de considerarse indicadores judiciales relativos a denuncias, procedimientos penales y civiles registrados, órdenes de protección y medidas de protección y seguridad solicitadas en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (JVM), y sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes. En España, el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género (2019) indica que en 2018 se produjeron un total de 166.961 denuncias por violencia contra la mujer, incrementándose un 0.4%. En lo referente a los asuntos penales registrados en los JVM éstos ascienden a un total de 210.684 durante el año 2018, llegando a celebrarse un total de 7.725 juicios de faltas y juicios sobre delitos leves. En cuanto a los datos relativos a los Juzgados de lo Penal, durante el año 2018, se dictaron un total de 29.028 sentencias, de las cuales 16.586 fueron condenatorias. Por último, en lo relativo al número de órdenes de protección dictadas, y a este respecto, en el año 2018 aumenta en un 1.75% el número de Órdenes de Protección solicitadas con respecto al año anterior, ascendiendo a un total de 39.176 solicitudes, de las cuales un 69.16% fueron adoptadas durante el año 2018.

Detrás de estas cifras tan elevadas se esconde el dolor, la angustia y el sentimiento de fracaso, no sólo de las personas inmersas en cada una de las denuncias y de los casos judiciales, sino también del Estado y de la sociedad. Así, no es necesario fundamentar, por encontrarse bien establecido, que el

maltrato en general, y en particular a la mujer, supone enormes consecuencias negativas para quien lo sufre, a nivel físico y psicoemocional, afectando a sus capacidades en todos los ámbitos (Chiesa et al., 2018; Simmons, Knight y Menard, 2018; Stylianou, 2018; Wathen, MacGregor y MacQuarrie, 2016). El Estado y la sociedad también deberían de sentir el fracaso en cada uno de los casos de violencia de género. No en vano, se asume que detrás de esta violencia se encuentra el proceso de socialización machista al que han estado sometidas las personas que la ejercen y muy frecuentemente quien la recibe. Este tipo de socialización genera creencias distorsionadas sobre los roles de la mujer y del hombre, así como actitudes y conductas de índole machistas. Todo este proceso tiene lugar en la familia, pero también en otros ámbitos públicos como la escuela, las asociaciones y sociedades de ocio y deporte, etc., así como a través de los medios de comunicación. En consecuencia, estamos, como ya se ha comentado, ante un problema de Estado, puesto que un país no puede permitirse que tantas personas violenten a otras, y debe de encontrar los medios para evitarlo o cuando menos, minimizarlo. La aplicación de la Justicia Terapéutica (TJ) en procedimientos legales de violencia de género resulta relevante para coadyuvar a lograrlo.

La TJ, como ya se ha expuesto en capítulos anteriores, asume que la Ley y su aplicación producen consecuencias en los usuarios del sistema legal, con resultados positivos o negativos para su vida emocional y bienestar psicológico (Wexler y Winick, 1996; Winick y Wexler, 2003). Todos los profesionales que trabajan directa o indirectamente en el ámbito legal (p.e., jueces, abogados, fiscales, mediadores, criminólogos, peritos judiciales, agentes judiciales, policías, trabajadores sociales, etc) pueden aplicar sus principios, y cuando lo hacen se convierten en agentes terapéuticos para las personas con las que entran en contacto a lo largo de su rutina diaria (Hewes, 2016).

A los decisores judiciales la TJ insta que no se centren exclusivamente en el hecho que se encuentran juzgado, sino que también considere las necesidades y circunstancias de las personas implicadas en el proceso (Rottman y Casey, 1999). Como señala Hewe (2016), la TJ “incluye mirar a través de una lente terapéutica cuando una situación es analizada” (p. 375). Así, los motiva a que hagan uso activo de la autoridad judicial para resolver el problema que se está juzgando a la vez que la causa que provocó el mismo; logrando de este modo que el proceso produzca los máximos beneficios terapéuticos y de rehabilitación (Wexler, 2017) en las personas y en la sociedad. Como señalan Fariña, López y Redondo (2016) “La defensa del bien social puede excluir o

incluir a los infractores, y de ser excluyente resulta anti-terapéutica” (p.28). En el caso que nos ocupa, resulta crucial asumir esta premisa, puesto que de no incluir al infractor el problema no sólo no se resuelve, sino que se incrementa tanto para él, como para la sociedad; mostrándose imprescindible incluir su reeducación. En España, el legislador así lo ha entendido; de esta manera, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su Artículo 35 relativo a la sustitución de penas se considera esta posibilidad, en la que Juez o Tribunal impondrá a quien recibe la condena la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico. Además, en relación a las medidas de reinserción de varones condenados por violencia de género. La L.O. 1/2004 estableció en su artículo 42, que la Administración Penitenciaria realizará programas específicos para las personas condenadas por delitos relacionados con la violencia de género. En este sentido, para el último año, las penas de prisión representaron el 9.15% del total de la población reclusa, esto es, un total de 4.389 varones cumplieron condena por delito de violencia de género (Ministerio del Interior, 2019a). En cuanto a medio abierto, según se refleja en la última estadística publicada acerca de las medidas implementadas por los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas, relativa al último trimestre de 2018, se recibieron 20.452 mandamientos de medidas alternativas. De estas, 7.055 fueron motivadas por delitos de violencia de género, entre las cuales 2.027 corresponden a medidas por sustitución o suspensión de condena (Ministerio del Interior, 2019b).

La oportunidad de la reeducación para estas personas puede frustrarse, por no existir en ellos suficiente interés, y voluntad para asistir o implicarse en los programas a los que son derivados, por diferentes motivos, tales como no tener conciencia de su propia necesidad, desconocer la potencialidad de la ayuda brindada, miedo a las consecuencias del cambio (Fariña, Novo, Vázquez y Arce, 2018). Sin embargo, los jueces pueden, aunque conlleve la utilización de cierto grado de coacción, encauzar a los usuarios de la justicia a programas de rehabilitación (Blagg, 2008), para ello se debe considerar sus particularidades, por ejemplo, existencia de problemas de salud mental o de adicción, su estado psicoemocional y el daño causado en la víctima. Como afirma O’Byrne (2016), teniendo en cuenta los propósitos de cada caso concreto, los jueces disponen, dentro de ciertos límites, de un amplio margen para decidir la sentencia, pudiendo ser creativos en la formulación de la misma, con objeto de maximizar los resultados terapéuticos. La sentencia en

casos de violencia de género se convierte en una oportunidad crucial para visibilizar las conductas de quien ejerce el maltrato y motivarle a iniciar un cambio de comportamiento (Spencer, 2012, O'Byrne, 2016). De esta forma, aplicando, siempre que sea posible, habilidades interpersonales, tales como la escucha activa, el mostrar preocupación y el refuerzo positivo (O'Byrne, 2016), logran una transformación provechosa de los usuarios de la justicia (Goldberg, 2005; Morales y Aguilar, 2014), pudiendo contribuir a modificar el comportamiento de los infractores (Bartels, 2009; King, 2009). No obstante, la asistencia de las personas condenadas a este tipo de programas reeducativos o de apoyo debe estar supervisada judicialmente, con reglas claramente definidas y metas estructuradas (Gordon, 2017). Puesto que uno de los riesgos de “forzar” a una persona a una intervención cuando no está preparada, es que puede engañar a los técnicos que intervienen y a los decisores judiciales, haciéndoles creer que han sido rehabilitados, y sin embargo no estarlo. Por último, no se nos escapa que la sentencia, y la manera en que se redacta y comunica tiene efectos tanto para el infractor como para la víctima, lo que exige a los decisores judiciales prestar atención a la redacción de la misma, más allá del deber de establecer justicia.

A continuación, presentamos una de las experiencias pioneras en nuestro país, que surge junto a otras iniciativas interesadas en protocolizar y evaluar la eficacia de la intervención (Echeburúa, 2013), con hombres que han ejercido violencia de género.

1. Programa Galicia de Reeduación de Agresores de Género

En el ámbito internacional, las propuestas de intervención con agresores de género se remontan a la década de los setenta en Norteamérica, si bien en España será a partir de los años noventa, cuando empiecen a surgir las primeras iniciativas de programas de medidas alternativas en medio abierto, que coexisten con otros programas circunscritos al contexto penitenciario, asistencial o comunitario no judicial (Arce, Fariña, Vázquez, Novo y Seijo, 2015). La mayor parte de los programas con agresores de género han seguido mayoritariamente un modelo de intervención de corte psico-educativo con una orientación de género o feminista (*modelo Duluth*), o bien un modelo cognitivo-conductual (*TCC*). El primero de ellos, el modelo Duluth, es al que más se recurre para las intervenciones por mandato judicial que se producen en Estados Unidos y Canadá (Carbajosa y Boira, 2013; Curwood, DeGeer,

Hymmen y Lehmann, 2011). Se centra como causa de las agresiones de género en las creencias machistas arraigadas por el sistema patriarcal, y por lo tanto propone la educación en igualdad. El modelo TCC establece como causa de las agresiones de género el aprendizaje del uso de la violencia como modo de resolución de conflictos, y por lo tanto, plantea una intervención cognitivo-conductual, con entrenamiento en habilidades sociales y de control de la ira (Babcock, Green y Robie, 2004). En la actualidad, estos dos modelos predominantes en la práctica, tienden a confluir en la mayor parte de los programas de intervención (Arias, Arce, y Vilariño, 2013; Babcock et al., 2004).

En España, como ya se ha señalado, la entrada en vigor de la Ley 1/2004 representó el respaldo definitivo a este tipo de medidas dirigidas a agresores de género, en cuya sentencia se impone la suspensión o sustitución de la condena. Así, a partir de la promulgación de esta ley, se pone en funcionamiento uno de los primeros programas de intervención en medio abierto, el Programa Galicia de Reeducación de Agresores de Género (Arce, Fariña, Vázquez et al., 2015) de la Unidad de Psicología Forense de la Universidad de Santiago de Compostela, en virtud de un convenio de colaboración con la Consellería de Presidencia de la Xunta de Galicia e Instituciones Penitenciarias. Este programa psicoeducativo se encuadra dentro del paradigma de la *Justicia Terapéutica*, estableciendo una conexión entre el proceso judicial y la reeducación del condenado por violencia de género, incidiendo desde la intervención con él en las causas de la propia violencia de género (Fariña, Novo, Vázquez y Arce, 2018). Además, siguiendo a Leonore Simon, defensora de TJ, asume que las terapias cognitivas resultan muy efectivas para combatir el comportamiento violento de los delincuentes domésticos (Simon, 1995). Así, desde TJ, en línea con el Programa Galicia, como señala Diesen (2007) se defiende que se debe intervenir con los agresores de género con el objetivo de modificar sus pensamientos disfuncionales y sus creencias desadaptativas, así como para que adquieran nuevas habilidades de procesamiento de información, en las que los pensamientos disfuncionales se contrarresten con respuestas adaptativas y de carácter positivo. En este sentido, el objetivo general del Programa Galicia es la reeducación psicosocial, mediante el aprendizaje y generalización de una serie de habilidades y destrezas de carácter cognitivo y comportamental, así como la erradicación de patrones conductuales desadaptados (Arce y Fariña, 2006a; Arce, Fariña, Vázquez, Seijo y Novo, 2015a; Arce, Fariña, Vázquez, Seijo y Novo, 2015b). Este programa incluye además otros objetivos específicos de la intervención, a saber (Arce y Fariña, 2010):

aceptación de la responsabilidad de las conductas violentas; logro de un buen ajuste psicológico; modificación de las creencias irracionales en torno al género y al empleo de la violencia contra las mujeres; fomento del respeto hacia la mujer; perspectiva de género; adquisición de patrones conductuales no agresivos o violentos; y mantenimiento y generalización de las habilidades y destrezas, tras la finalización del programa. Para la consecución de los objetivos operacionales, se han programado tres fases de la intervención secuenciadas que pasamos a desarrollar.

2. Fases del programa

El programa ha desarrollado un Reglamento Interno que establece las obligaciones de los penados y que se rigen por los principios de Orden, Seguridad y Disciplina (LO 1/1979 y RD 190/1996). En dicho reglamento se concreta, la asunción del compromiso de no violencia, de asistencia obligatoria a las sesiones del programa (individuales y grupales), de respeto hacia los técnicos del programa y otros usuarios, de participación activa, y las sanciones asociadas al incumplimiento, entre otras. La inclusión en el mismo requiere de la aceptación por parte del usuario de las normas y reglamento del programa.

Fase I. Evaluación pre-intervención.

Tras la derivación al programa y de la rúbrica de un contrato de asistencia y compromiso de no violencia, se inicia la evaluación pre-intervención que atiende a los siguientes objetivos:

- Programar y ajustar la intervención a las necesidades, carencias y déficits de cada persona que haya ejercido violencia hacia la pareja, desde el modelo de no modelo (Arce y Fariña, 1996), y los principios de TJ. Para ello, es preciso identificar las potenciales disfunciones que puedan mitigar (i.e., limitaciones en las capacidades cognitivas) interferir o anular (p. e., psicopatología incapacitante) la eficacia del tratamiento. Además, este modelo explicativo propone ajustar la intervención a cada usuario, incidiendo en el nivel individual, familiar, laboral y socio-comunitario (multinivel) (Arce, Fariña y Novo, 2014).

- Aportar información para la conformación de grupos homogéneos de tratamiento, para la valoración de la progresión-regresión en el tratamiento de los usuarios y predicción del riesgo de reincidencia. La formación de los grupos de intervención es *post hoc* (Arce y Fariña, 2010) atiende a distintos criterios: duración de la medida (6 meses – máximo 2 años); tipo de delito

por el que ha sido condenado (i.e., delito de malos tratos físicos, psicológicos, sexuales, delitos contra la integridad moral etc.); lugar de residencia: la formación de los grupos de intervención debe evitar la creación de grupos externos de apoyo de carácter informal, que puedan contribuir a reforzar o apoyar comportamientos desadaptativos o violentos.

– Control del engaño, (sobre)simulación y disimulación. La evaluación ha de tener presente una característica inherente a este tipo de poblaciones penitenciarias y forenses. Ha de incluirse el control de la validez de las respuestas (e.g., American Psychiatric Association, 2014), con el objetivo de poder diferenciar entre las respuestas honestas o las sujetas a manipulación o engaño en función de los intereses del sujeto (e.g., Arce, Pampillón y Fariña, 2002; Vilariño, Fariña y Arce, 2009); en este caso, la disimulación, como ocultación de síntomas o bien como la asunción de características positivas de las que no se dispone (Arce, Fariña, Seijo y Novo, 2015; Arias, Novo, Fariña y Arce, 2017).

La evaluación inicial pre-intervención de cada usuario del programa se concreta en distintas áreas de interés (Arce, Fariña, Seijo, Novo y Vázquez, 2005): búsqueda de etiologías mentales, cognitivas o de dependencia (*área clínica-sanitaria*); valoración del control emocional, estrategias de afrontamiento y resolución de problemas, asunción de responsabilidad, cogniciones y comportamientos desadaptados (*área psicosocial*); estudio de la situación económica, laboral, vivienda (responsabilidades hacia hijos/as, ejercicio de parentalidad positiva) (*área estructural*); aprendizaje de valores y estereotipos sexistas (*sociocultural*); control de la validez de las respuestas (*área de evaluación de riesgo*) y control de distorsiones de la respuesta (*área de control de la validez*) (Arce y Fariña, 2009). Para ello se aplica una aproximación de medida multi-método formada por distintos instrumentos que se detallan a continuación.

Tabla 1. Áreas evaluadas e instrumentos de medida	
Áreas evaluadas	Instrumentos de medida
Clínica Sanitaria	MMPI-2 (Hathaway y Mckinley, 1999) SCL-90-R (Derogatis, 2002) ERFC (Gil, 1999) Test Barcelona (Peña-Casanova, 1991, 2005) Entrevista Semiestructurada para Maltratadores de Género (Arce y Fariña, 2005a)
Psicosocial	Entrevista Semiestructurada para Maltratadores de Género (Arce y Fariña, 2005a) Escala Rasgo de Metaconocimiento sobre Estados Emocionales (Fernández-Berrocal, Extremera y Ramos, 2004) Escala de Locus de Control (Rotter, 1966) Escala de Atribución de la responsabilidad y Minimización (Lila, Herrero, y Gracia, 2008) Inventario de Respuestas de Afrontamiento (Moos, 1993) Escala de Autoconcepto de Tennessee (TSCS) (Roid y Fitts, 1991) Cuestionario de Creencias Irracionales y Pensamientos Distorsionados sobre el Empleo de la Violencia, los Roles de Género y la Relación de Pareja (Arce y Fariña, 2005b)
Estructural	Entrevista Semiestructurada para Maltratadores de Género (Arce y Fariña, 2005a)
Sociocultural	Entrevista Semiestructurada para Maltratadores de Género (Arce y Fariña, 2005a)
Del Riesgo	Observación de fuentes documentales Registro Conductual. Adaptación de Andrés-Pueyo y López (2005) de la Guía SARA (Spousal Assault Risk Assessment Guide)
Control de distorsiones de la respuesta	Protocolos para el control de la simulación (Arce y Fariña, 2006b; Arce et al., 2002)

De la evaluación pre-intervención se sigue la aceptación o no en el programa. De detectarse circunstancias tales como algún tipo de patología psiquiátrica severa (v.gr., esquizofrenia, trastorno maníaco-depresivo), deterioro cognitivo severo (v.gr., demencia o una discapacidad intelectual importante), se recomienda la inclusión en un programa de carácter psiquiátrico o en el servicio social, notificándose a la autoridad competente (Arce et al., 2015a). Por otro lado, cuando en la evaluación se detecta abuso de sustancias se procede con la derivación a los servicios de salud a los que concierne dicha

problemática para su tratamiento y seguimiento. En este sentido, es importante además resaltar la necesidad de contar con protocolos de derivación y retorno de los usuarios del programa, que permitan la coordinación de toda la red interdisciplinar que provee recursos sociales, aplica tratamientos complementarios o medidas de contención y control para garantizar la seguridad de la víctima (p.e, unidades de salud mental, unidades de conductas adictivas, servicios sociales, fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, etc.). La coordinación de esta red es uno de los elementos claves en la gestión efectiva del riesgo de reincidencia (Arce et al., 2015a), y lo que ayuda a sustentar una adecuada orientación de TJ.

En el marco del programa Galicia, la evaluación pre-intervención se concreta en un Informe de Clasificación, que tiene como finalidad examinar si la persona que ejerció la violencia hacia su pareja presenta las características psicológicas, emocionales y comportamentales mínimas y necesarias para su adhesión al programa, así como establecer la línea base para poder determinar su evolución, y proponer el plan de intervención individualizado. La metodología de trabajo aplicada al evaluado para la confección de este Estudio e Informe de Clasificación, se sigue el protocolo de evaluación por casos de violencia de género del “Programa Galicia de Reeducción para Maltratadores” (Arce et al, 2015a), adaptado a las características del usuario. Este protocolo incluye en la metodología un estudio clínico, de las capacidades cognitivas, del autocontrol y atribuciones del comportamiento violento, de personalidad, de autoconcepto, estrategias de afrontamiento y resolución de problemas, cogniciones distorsionadas, evaluación de riesgo potencial de violencia, análisis de fiabilidad de las medidas, estudio de las pruebas documentales y sentencia judicial, y observación y registro conductual.

Fase II. Implementación y contenidos.

El programa en su versión estándar y básica se compone de seis módulos temáticos de intervención que se concretan a su vez en trece unidades, que se detallan en la tabla 1. La implementación de dichas unidades se lleva a cabo a lo largo de al menos 52 sesiones, la mitad de corte cognitivo (26) y la otra mitad de carácter comportamental (26), en formato individual y grupal, respectivamente. Siguiendo la categorización de Babcock et al. (2004), este programa se considera un programa de larga duración, ya que supera el promedio de 16 sesiones (Arias et al., 2013). Cada persona en intervención recibe un tratamiento personalizado que trata de reforzar las carencias y déficits más significativos en cada caso, y las sesiones se ajustan a las necesidades de cada usuario.

Tabla 2. Módulos de Intervención y Unidades del Programa Galicia	
MÓDULO 1. Toma de contacto e introducción al programa	Unidad 1. Toma de contacto e introducción al programa.
MÓDULO 2. Responsabilización de las conductas violentas	Unidad 2. Aceptación de la responsabilidad de las conductas violentas. Fase de sensibilización Unidad 3. Aceptación de la responsabilidad de las conductas violentas. Fase de responsabilización a través de mecanismos de defensa Unidad 4. Identificación y modificación de los estilos atribucionales erróneos. Fase de responsabilización
MÓDULO 3. Concienciación sobre el ciclo de la violencia	Unidad 5. Formas de violencia de género y ciclo de la violencia Unidad 6. Relación entre situaciones-pensamientos-emociones y conductas: identificación y gestión de las situaciones generadoras de tensión Unidad 7. Identificación y manejo de las situaciones generadoras de tensión
MÓDULO 4. Perspectiva de género	Unidad 8. Confrontación y reestructuración de creencias erróneas acerca del género
MÓDULO 5. Competencia personal y social	Unidad 9. Emociones y competencia emocional Unidad 10. Control y regulación emocional Unidad 11. Autoconcepto y autoestima Unidad 12. Resolución de problemas y habilidades de comunicación Bloque I. Resolución de problemas Bloque II. Habilidades de comunicación
MÓDULO 6. Prevención de recaídas	Unidad 13. Afrontamiento y prevención de recaídas

Fase III. Seguimiento.

Las recaídas se producen por una falta de autocontrol, o lo que es lo mismo, por un déficit en las habilidades cognitivas y en las estrategias de afrontamiento necesarias para superar con éxito las demandas (Marlatt y Gordon, 1985). El entrenamiento en prevención de recaídas se plantea como objetivo entrenar a los agresores de pareja en la detección de situaciones de riesgo, así como la adopción de estrategias de afrontamiento adaptativas (Laws, 2001). Una vez ejecutada la intervención, los usuarios se sitúan en una fase de seguimiento que tiene como objetivo controlar si se reproducen desajustes a nivel cognitivo, emocional o comportamental, implementar sesiones complemen-

tarias o de refuerzo, y dar viabilidad al plan de prevención de recaídas. En el seguimiento se observa si dispone de habilidades, destrezas o conciencia de género, y si progresa adecuadamente en el tratamiento. Tiene una duración variable en función de las condiciones de la medida suspensión o sustitución de cada persona, aunque se establece un período mínimo de doce meses, superando los seis meses recomendado en varios estudios (Gondolf, 2000, 2002), que sitúan en este período temporal, la reiteración delictiva. En general, se estima que entre el 50 y el 60% de la reincidencia se produce en el primer año (Redondo, Sánchez-Meca y Garrido, 2001), alcanzado la tasa total de reincidencia confirmada entre el 40% a más del 80%, según la medida y el tiempo de seguimiento (Stover, 2005).

3. Técnicas de intervención

Para el entrenamiento de habilidades y modificación de cogniciones se emplean diferentes técnicas, entre ellas; modelado, role-playing, reforzamiento, entrenamiento en instrucciones, retroalimentación, tareas para casa, reestructuración cognitiva, solución de problemas y técnicas de autocontrol de la ira, técnicas de control de la activación, entrenamiento en afrontamiento, etc., (véase Arce et al., 2015a, 2015b; Arce et al., 2017).

4. Parámetros a considerar en la evaluación de programas de intervención con agresores de género

Tras las primeras experiencias, los programas de intervención con agresores de género han ido consolidándose en los últimos años, al mismo tiempo que se ha creado una mayor necesidad social y científica de mejora de la calidad (Lila, 2009; Fariña et al., 2018). En el año 2012, la OMS define la evaluación de programas como “un análisis riguroso y con método científico de la información sobre actividades, características, resultados e impacto de un programa o una intervención específicos y que permite valorar su mérito” p. vi. Desde esta consideración de la evaluación como una fase más de la intervención, nos planteamos siguiendo la propuesta de Pineault y Daveluy, (1989), la toma en consideración de distintas modalidades de evaluación, a saber: evaluación estratégica (referida al modelo de intervención y al diseño de la misma), táctica (de la implementación o proceso) y operativa (del resultado) (Fariña, Seijo, Novo, y Arce, 2015).

En cuanto a la *evaluación estratégica*, los programas de intervención con agresores de género han de seguir un modelo de calidad (Arce y Fariña, 2010; Fariña et al., 2018; McGuire, Mason y O’Kane, 2000), que se supedita a condiciones tales como: responder a un modelo explícito y bien articulado de las causas, basado en evidencia; evaluación del riesgo como medida continuada; técnicas y métodos que impliquen un aprendizaje participativo, activo y focalizado (principio de responsabilidad), así como aquellos que se ha contrastado que facilitan el cambio; tener objetivos claros, estar bien estructurado y responder a las necesidades particulares del agresor de género; asignar un rol adecuado al agresor, con responsabilidad en el comportamiento violento, y como participante activo del programa con obligaciones que ha de cumplir; estar orientado hacia una aproximación multimodal (cognitivo y comportamental), además de multinivel (individual, familiar, laboral y socio-comunitaria); planificación con suficiente amplitud e intensidad, y con un período de control o seguimiento; duración ajustada a las necesidades y a la evolución en el tratamiento de cada usuario; gestión efectiva de la adherencia a la intervención, incluyendo evaluaciones sistemáticas del progreso, regreso o estancamiento, tomando en consideración el efecto que el engaño puede tener en la eficacia de la intervención (i.e., la falta adherencia, simulación del progreso). A este respecto, también se han posicionado algunas las directrices internacionales, entre ellas, el consorcio europeo proyecto Daphne II “Work with Perpetrators of Domestic Violence in Europe-WWP (2008)”, tras la encuesta europea a programas de intervención llevada a cabo en los 27 países que conformaban la Unión Europea entre 2006 y 2008 (Geldschläger et al., 2010), propone distintas condiciones previas para la intervención con agresores de género: un modelo teórico y de trabajo explícito (p.e. teoría de género); un enfoque sobre las dimensiones relevantes para el uso de la violencia (socioculturales, relacionales, personales, cognitivos, emocionales y conductuales); un objetivo explícito de seguridad en las víctimas y colaboración con los servicios de apoyo a las víctimas y los sistemas de intervención. En nuestro país, el Grupo 25 (2006) señalan entre los criterios de calidad, la importancia de la orientación de género, de la especificidad de las intervenciones, o de un modelo de intervención multicomponente. De forma sistemática se ha venido constatando en la literatura (Arias et al., 2013; Arias, 2019; Babcock et al., 2004; Feder y Wilson, 2005; Levesque y Gelles, 1998) que la intervención ha de ser indefectiblemente multimodal: cogniciones y comportamiento.

En lo relativo a la *evaluación táctica* se focaliza en aspectos relacionados

con la implementación del programa, también hemos de referirnos a algunos criterios que confieren calidad al programa (Arce y Fariña, 2010; Fariña et al., 2018; McGuire et al., 2000): ha de ser implementado por personal especializado con experiencia y conocimientos en violencia de género, psicología jurídica y justicia terapéutica; ha de disponer de los recursos adecuados, con especial consideración sobre la ratio técnico/usuario para que se pueda realizar un seguimiento individualizado de capa participante. En este sentido, las directrices del Proyecto Dafne II y las recomendaciones del Grupo 25 (2006) también han resaltado, entre otros, la importancia de la capacitación del equipo profesional del programa, de la acción coordinada, de la adecuada valoración del riesgo o del control de los procesos, o de formato y duración adecuada (las intervenciones más largas alcanzan una mayor eficacia, Arias et al., 2013; Arias, 2019). Otros autores han descrito también entre los criterios de calidad de la intervención la fidelidad al diseño con que se implementan los programas de intervención (Ponzetti, 2016).

Por último, al referirnos a la *evaluación operativa o de resultados* (Chacón, Sanduete, Portell y Anguera, 2013; Chacón, Anguera, Sanduete y Sánchez, 2014), hemos de señalar que el indicador más utilizado para valorar la eficacia de los programas de medidas reeducativas para agresores de género en medio abierto (Arias, Arce, y Novo, 2014; Nguyen, Arbach y Andrés-Pueyo, 2011), ha sido la medida de reincidencia. Siguiendo a Capdevila y Ferrer (2009), la reincidencia alude a distintos registros oficiales e informantes y puede ser definida por autoinculpación (agresor); reincidencia policial (nueva detención por un delito de las mismas características); reincidencia penal (un nuevo procesamiento por supuesto delito); reincidencia judicial (nueva condena); reincidencia jurídica (nuevo hecho delictivo del mismo título del Código Penal) y reincidencia penitenciaria (nuevo ingreso en prisión). Esta medida de recaída puede convertirse en un indicador menos fiable de lo esperado (Bennett y Williams, 2001), limitado como medida de eficacia (Arias et al., 2013), y que como tal, sugiere la necesidad de evaluar la eficacia de la intervención mediante otros parámetros como pueden ser las variables de proceso que pueden explicar el cambio de conducta (Lee, Uken y Sebold, 2007; Scott, 2004). Algunos autores hacen referencia a la mejora terapéutica como medida de eficacia de la intervención, completado el tratamiento reeducativo (Pérez, Giménez-Salinas y Espinosa, 2013), o a medidas de proceso que den cuenta del cambio de los factores subyacentes a la agresión, que puedan ser de carácter dinámico y modificable (Arias et al., 2013; Arias, 2019), o la ad-

quisición de las destrezas y habilidades que permitan al maltratador afrontar con éxito situaciones de riesgo de violencia contra la pareja (Arce y Fariña, 2010; Carbajosa, Catalá-Miñaña, Lila y Gracia, 2017; Lila, Gracia y Catalá-Miñaña, 2018; Novo, Fariña, Seijo y Arce, 2012). Es decir, se plantea una evaluación de objetivos de la intervención que permita dar cuenta del cambio real en las variables del maltrato, modificables con la intervención (Kauffman y Kinnealy, 2015). Además, en línea con los metaanálisis se propone la inclusión de informes de pareja que completen los registros oficiales de reincidencia (p. e. policial, judicial, penitenciaria, etc.) (Arias et al., 2013; Arias, 2019).

5. Programas basados en evidencia

La experiencia acumulada sobre la intervención con agresores de género en los últimos años, nos exige dar un paso más que nos permita ampliar la base de conocimiento sobre la eficacia de los programas de intervención con agresores de género (Chacón, Shadish, y Cook, 2008; Fariña et al., 2015). En este sentido, traemos a colación la perspectiva de los *programas basados en evidencia* (Fixsen, Naoom, Blase, y Friedman, 2005), intervenciones que cuenten con procedimientos definidos, con método, marco conceptual y objetivos concretos, y lleven a cabo, una evaluación inicial, procesual y de resultados (Ponzetti, 2016). Además, de acuerdo con De Paul, Arruabarrena e Indias (2015), la evidencia empírica expuesta de los *programas basados en evidencia* da cuenta de que la intervención provoca cambios positivos, significativos y atribuibles al programa (estudios publicados en revistas con revisión por pares que den cuenta del impacto de la intervención y de que no se producen efectos dañinos derivados de la intervención). Según estos autores, el nivel de evidencia del programa permitiría una clasificación: evidencia *prometedora, débil, nula, inexistente o hay evidencia de efectos nocivos*. A este respecto, dejamos atrás como superada la doctrina del “nothing works” (Martinson, 1974) en relación al tratamiento de penados, el estado actual de la literatura permite valorar el efecto de los programas de intervención, y analizar qué modelo se sigue de mejores resultados en relación con la reincidencia (véanse metaanálisis Arias et al., 2013; Arias, 2019).

El Programa Galicia de Agresores de Género (Arce y Fariña, 2010), ha sido manualizado para su implementación por los técnicos (véase Arce et al., 2015a, 2015b), de manera que pueda preservarse la fidelidad en la intervención (Gearing et al., 2011). En línea con los programas basados en eviden-

cia, los resultados obtenidos permiten constatar la mejora que experimentan los usuarios, a saber: reducción de la sintomatología depresiva, la hostilidad (agresividad, ira, rabia, cólera, resentimiento) y las ideas persecutorias (suspiciousidad, necesidad de control dificultades en la expresión de la hostilidad), minimizan las creencias irracionales sobre género (Arias et al., 2017), toman conciencia del ejercicio positivo de la parentalidad, reducen las distorsiones cognitivas/errores de pensamientos que sustentan la violencia, esto es, del pensamiento criminal que se asocia con la resistencia al tratamiento y facilita las recaídas (véase Novo et al., 2012). Asimismo, tras la intervención reeducativa amplían su repertorio de afrontamiento productivo, esto es, respuestas emocionales y conductuales más adaptativas, mayor desarrollo en la capacidad de resolución de problemas y de manera particular, en los problemas de carácter interpersonal (Arias, Arce, y Novo, 2016).

Los programas basados en evidencia podrán ser generalizables a otros contextos siguiendo el ciclo de los programas. Además, sus conclusiones deben estar disponibles para la sociedad y para la comunidad científica y profesional. Para ello, han de contar con manuales de intervención que permitan fidelizar la intervención a las necesidades y al modelo para el que fue concebido (Ponzetti, 2016).

Para desarrollar *programas basados en evidencia* para la intervención con agresores de género es imprescindible contar con los recursos necesarios para que los programas puedan ejecutarse en las condiciones de idoneidad y con seguimiento de las recomendaciones internacionales y de los criterios de calidad, algo que se viene defendiendo desde la TJ. Sin estas garantías no se puede asegurar que la intervención conlleve los cambios cognitivos y conductuales que al infractor se le requieren desde el ámbito legal y que la sociedad le exige.

REFERENCIAS

- American Psychiatric Association (2014). *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, 5ª edición (DSM-5)*. Arlington, VA: American Psychiatric Association.
- Andrés-Pueyo, A. y López, S. (2005). *Manual para la valoración del riesgo de violencia contra la pareja*. Barcelona, España: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.
- Arce, R., y Fariña, F. (1996). From jurors to jury decision making. A non model approach. En G. Davis, M. McMurrin, C. Wilson, y S. Lloyd-Bostock (Eds.), *Psychology, law and criminal justice. International developments in research and practice* (pp. 337-343). Berlin, Alemania: Walter de Gruyter.
- Arce, R., y Fariña, F. (2005a). *Entrevista semiestructurada para maltratadores de género*. Manuscrito no publicado. Unidad de Psicología Forense, Universidad de Santiago de Compostela.
- Arce, R., y Fariña, F. (2005b). *Cuestionario de creencias irracionales y pensamientos distorsionados sobre el empleo de la violencia, los roles de género y la relación de pareja (dependencia emocional)*. Manuscrito no publicado. Unidad de Psicología Forense, Universidad de Santiago de Compostela.
- Arce, R., y Fariña, F. (2006a). Programa Galicia de reeducación para maltratadores de género. *Anuario de Psicología Jurídica*, 16, 41-64.
- Arce, R., y Fariña, F. (2006b). *Construcción y validación de un protocolo para la evaluación forense de la disimulación*. Manuscrito no publicado. Unidad de Psicología Forense, Universidad de Santiago de Compostela.
- Arce, R., y Fariña, F. (2009). Intervención con penados en libertad por violencia de género: El "Programa Galicia de Reeducación de Maltratadores de Género". En F. Fariña, R. Arce, y G. Buena-Casal (Eds.), *Violencia de género. Tratado psicológico y legal* (pp. 235-249). Madrid, España: Biblioteca Nueva.
- Arce, R., y Fariña, F. (2010). Diseño e implementación del Programa Galicia de reeducación de maltratadores: una respuesta psicosocial a una necesidad social y penitenciaria. *Intervención Psicosocial*, 19(2), 153-166. <http://dx.doi.org/10.5093/in2010v19n2a7>
- Arce, R., Fariña, F., y Novo, M. (2014). Competencia cognitiva en penados primarios y reincidentes: Implicaciones para la reeducación. *Anales de Psicología*, 30(1), 259-266. <http://dx.doi.org/10.6018/analesps.30.1.158201>
- Arce, R., Fariña, F., Seijo, D., y Novo, M. (2015). Assessing impression management with the MMPI-2 in child custody litigation. *Assessment*, 22(6), 769-777. <http://dx.doi.org/10.1177/1073191114558111>
- Arce, R., Fariña, F., Seijo, D. Novo, M., y Vázquez, M. J. (2005). Contrastando los factores de riesgo y protectores del comportamiento inadaptado en menores: Implicaciones para la prevención. En Centro de Investigación y Documentación Educativa (Ed.), *Premios nacionales de investigación educativa 2004* (pp. 17-50). Madrid: Ministerio de Educación y Ciencia.
- Arce, R., Fariña, F., y Vilariño, M. (2015). Daño psicológico en casos de víctimas de vio-

- lencia de género: Un estudio comparativo de las evaluaciones forenses. *Revista Iberoamericana de Psicología y Salud*, 6(2), 72–80. <http://dx.doi.org/10.1016/j.rips.2015.04.002>
- Arce, R., Fariña, F., Vázquez, M. J., Novo, M., y Seijo, D. (2015). *Programa Galicia de re-educación de agresores de género. Manual de Intervención*. Santiago de Compostela, España: Andavira.
- Arce, R., Pampillón, M. C., y Fariña, F. (2002). Desarrollo y evaluación de un procedimiento empírico para la detección de la simulación de enajenación mental en el contexto legal. *Anuario de Psicología*, 33, 385–408.
- Arce, R., Fariña, F., Vázquez, M. J., Novo, M., y Seijo, D. (2015a). *Programa Galicia de reeducación de agresores de género: Manual de intervención* (Vol. I). Santiago de Compostela, España: Andavira.
- Arce, R., Fariña, F., Vázquez, M. J., Novo, M., y Seijo, D. (2015b). *Programa Galicia de reeducación de agresores de género: Manual de intervención* (Vol. II). Santiago de Compostela, España: Andavira.
- Arias, E., Arce, R., y Novo, M. (2014). Reincidencia como un indicador de la efectividad de las intervenciones con maltratadores. En R. Arce, F. Fariña, M. Novo y D. Seijo (Eds.), *Psicología jurídica y forense: Investigación-acción* (pp. 309–316). Santiago de Compostela, España: Xunta de Galicia.
- Arias, E. (2019). Evaluación de la eficacia de la intervención re-educativa con agresores de género. (Tesis Doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, España).
- Arias, E., Arce, R., y Novo, M. (2016). Entrenamiento en estrategias de afrontamiento en la intervención con agresores de género. En R. Arce, B. G. Amado y M. Vilariño (Eds.), *IX Congreso Internacional de Psicología Jurídica y Forense. Libro de Actas* (pp. 348–351). Santiago de Compostela, España: Tórculo Comunicación Gráfica, S.A.
- Arias, E., Arce, R., y Vilariño, M. (2013). Batterer intervention programmes: A meta-analytic review of effectiveness. *Psychosocial Intervention*, 22(2), 153–160. <http://dx.doi.org/10.5093/in2013a18>
- Arias, E., Novo, M., Fariña, F., y Arce, R. (2017). Estudio de la prevalencia e impacto de las creencias irracionales en agresores de género. En C. Bringas y M. Novo (Eds.), *Psicología Jurídica, Conocimiento y Práctica. Colección de Psicología y Ley nº 14* (pp. 25–40). Sevilla, España: Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.
- Babcock, J. C., Green, C. E., y Robie, C. (2004). Does batterers' treatment work? A meta-analytic review of domestic violence treatment. *Clinical Psychology Review*, 23(8), 1023–1053. <https://doi.org/10.1016/j.cpr.2002.07.001>
- Bartels, L. (2009). Challenges in mainstreaming specialty courts. *Trends and issues in crime and criminal justice*, 383, 1–6.
- Bell, K. M., y Naugle, A. E. (2008). Intimate partner violence theoretical considerations: Moving towards a contextual framework. *Clinical Psychology Review*, 28(7), 1096–1107. <https://doi.org/10.1016/j.cpr.2008.03.003>
- Bennett, L., y Williams, O. (2001). *Controversies and recent studies of batterer interven-*

- tion program effectiveness*. Harrisburg, PA: VAWnet. Recuperado de http://vawnet.org/sites/default/files/materials/files/2016-09/AR_bip.pdf
- Blagg, H. (2008). *Problem-oriented courts. A research paper prepared for the Law Reform Commission of Western Australia Project 96*. Perth: Law Reform Commission of Western Australia. Western Australia: Government of Western Australia
- Brock, J., Pereira, N., Matheus, F., Damasceno, J., Santos, R., y Lorenzini, A. (2017). Violencia conjugal: repercusiones para mujeres e filhas(os). *Escola Anna Nery*, 21, 1-7. <http://dx.doi.org/10.1590/2177-9465-ean-2016-0346>.
- Capdevila, M., y Ferrer, M. (2009) *Tasa de reincidencia penitenciaria 2008*. Barcelona, España: CEJFE.
- Carbajosa, P., y Boira, S. (2013). Estado actual y retos futuros de los programas para hombres condenados por violencia de género en España. *Psychosocial Intervention*, 22(2), 145–152. <http://dx.doi.org/10.5093/in2013a17>
- Carbajosa, P., Catalá-Miñana, A., Lila, M., y Gracia, E. (2017). Differences in treatment adherence, program completion, and recidivism among batterer subtypes. *European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, 9(2), 93–101. <https://doi.org/10.1016/j.ejpal.2017.04.001>
- Carracedo, S., Fariña, F., y Seijo, D. (2018). Children exposed to intimate partner violence. Impact assessment and guidelines for intervention. *Revista de Psicología Clínica con Niños y Adolescentes*, 5(3), 16-22. <https://doi.org/10.21134/rpcna.2018.05.3.2>
- Chacón, S., Anguera, M. T., Sanduete, S., y Sánchez, M. (2014). Methodological convergence of program evaluation designs. *Psicothema*, 26(1), 91-96. <http://dx.doi.org/10.7334/psicothema2013.144>
- Chacón, S., Sanduete, S., Portell, M., y Anguera, M^a.T. (2013). Reporting a program evaluation: Needs, program plan, intervention, and decisions. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 13, 58–66.
- Chacón, S., Shadish, W. R., y Cook, T. D. (2008). Diseños evaluativos de intervención media. En M. T. Anguera, S. Chacón, y A. Blanco (Eds.), *Evaluación de programas sociales y sanitarios: un abordaje metodológico* (pp. 185–218). Madrid, España: Síntesis.
- Consejo de Europa (2011). *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*. Serie de Tratados del Consejo de Europa n^o 210. Recuperado de <https://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/internacional/consejoeu/CAHVIO.pdf>
- Curwood, S. E., DeGeer, I., Hymmen, P., y Lehmann, P. (2011). Using strength-based approaches to explore pretreatment change in men who abuse their partners. *Journal of Interpersonal Violence*, 26(13), 2698–2715. <https://doi.org/10.1177/0886260510388283>
- De Paul, J., Arruabarrena, I., e Indias, S. (2015). Implantación piloto de dos programas basados en la evidencia (SafeCare e Incredible Years) en los Servicios de Protección Infantil de Gipuzkoa (España). *Psychosocial Intervention*, 24(2), 105–120. <https://doi.org/10.1016/j.psi.2015.07.001>
- Delegación Gobierno para la Violencia de Género (2015). *Macroencuesta de violencia*

- contra la Mujer 2015*. Madrid, España: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Centro de Publicaciones.
- Derogatis, L. R. (2002). *SCL-90-R. Manual*. Madrid, España: TEA Ediciones.
- Diesen, C. (2007). Therapeutic Jurisprudence: an Introduction from a Swedish Perspective. *Scandinavian Studies in Law*, 51, 131-161.
- Echeburúa, E. (2013). Adherencia al tratamiento en hombres maltratadores contra la pareja en un entorno comunitario: Realidad actual y retos de futuro. *Psychosocial Intervention*, 22(2), 87-93. <http://dx.doi.org/10.5093/in2013a11>.
- Fariña, F., Novo, M., Vázquez, M.J. y Arce, R. (2018). La intervención con hombres que ejercen la violencia de género desde la Justicia Terapéutica: Programa Galicia. En D. Pulcheiro (Org.), *Therapeutic Jurisprudence. Lições e práticas que podem humanizar o direito* (pp.77-94). Curitiba, Brasil: Editora CRV.
- Fariña, F., López, J., y Redondo, L. (2016). *Libro de Conclusiones del III Congreso Iberoamericano de Justicia Terapéutica*. Santiago de Compostela, España: Andavira. Recuperado de <http://justiciaterapeutica.webs.uvigo.es/archivo/conclusiones-congresos/9-explore/>
- Fariña, F., Seijo, D., Novo, M., y Arce, R. (2015). “Programa Ruptura de Pareja, no de Familia”: Indicadores de evaluación estratégica, táctica y operativa. En *Proceedings of 3rd International Congress of Educational Sciences and Development* (pp. 25-29). San Sebastian: International Congress of Educational Sciences and Development. Recuperado de http://congresoeducacion.es/edu_web4/PROCEDING_2015/6.pdf
- Feder, L., y Wilson, D. B. (2005). A meta-analytic review of court-mandated batterer intervention programs: Can courts affect abusers' behavior? *Journal of Experimental Criminology*, 1 (2), 239-262. <https://doi.org/10.1007/s11292-005-1179-0>
- Fernández-Berrocal P., Extremera N., y Ramos, N. (2004). Validity and reliability of the Spanish modified version of the Trait Meta-Mood Scale. *Psychological Reports*, 94(3), 751-755. <https://doi.org/10.2466/pr0.94.3.751-755>
- Fernández-González, L., Calvete, E., y Orue, I. (2017). Mujeres víctimas de violencia de género en centros de acogida: características sociodemográficas y del maltrato. *Psychosocial Intervention*, 26(1), 9-17. <https://doi.org/10.1016/j.psi.2016.10.001>
- Fixsen, D. L., Naoom, S. F., Blase, K. A., y Friedman, R. M. (2005). *Implementation research: A synthesis of the literature*. Tampa, FL: University of South Florida, Louis de la Parte Florida Mental Health Institute, The National Implementation Research Network. Recuperado de <https://fpg.unc.edu/sites/fpg.unc.edu/files/resources/reports-and-policy-briefs/NIRN-MonographFull-01-2005.pdf>
- Gearing, R. E., El-Bassel, N., Ghesquiere, A., Baldwin, S., Gillies, J., y Ngeow, E. (2011). Major ingredients of fidelity: A review and scientific guide to improving quality of intervention research implementation. *Clinical Psychology Review*, 31(1), 79-88. <https://doi.org/10.1016/j.cpr.2010.09.007>
- Geldschläger, H., Beckmann, S., Jungnitz, L., Puchert, R., Stabingis, A. J., Dully, C., [...], y Schweier, S. (2010). Programas Europeos de Intervención para Hombres que Ejercen

- Violencia de Género: Panorámica y Criterios de Calidad. *Psychosocial Intervention*, 19 (2), 181-190. <https://doi.org/10.5093/in2010v19n2a9>
- Gil, R. (1999). *Neuropsicología*. Barcelona, España: Masson.
- Goldberg, S. (2005). *Judging for the 21st century: A problem-solving approach*. Recuperado de <http://www.joasa.org.za/articulos/Judgingfor21scenturyDe.pdf>
- Gondolf, E. W. (2000). Reassault at 30-months after batterer program intake. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 44 (1), 111-128. <https://doi.org/10.1177/0306624x00441010>
- Gondolf, E. W. (2002). *Batterer intervention systems: Issues, outcomes, and recommendations*. Thousand Oaks, CA: Sage
- Gordon, S. (2017). The use and abuse of mutual-support programs in drug courts. *University of Illinois Law Review*. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=3025115>
- Grupo 25 (2006). Criterios de Calidad para Intervenciones con Hombres que ejercen Violencia en la Pareja. Recuperado de <http://www.mujiresenred.net/spip.php?article519>
- Hathaway, S. R., y Mckinley, J. C. (1999). *MMPI-2. Inventario multifásico de personalidad de Minnesota-2*. Manual. Madrid, España: TEA.
- Hewes, K. (2016). Procedural Justice and Officer-Involved-Shootings. *The International Journal of Therapeutic Jurisprudence*, 1, 373-403.
- Kauffman, N. A., y Kinnealey, M. (2015). Comprehensive social skills taxonomy: development and application. *American Journal of Occupational Therapy*, 69, 6902220030p1-6902220030p10. <https://doi.org/10.5014/ajot.2015.013151>
- King, M. S. (2008). Restorative Justice, Therapeutic Jurisprudence and the rise of emotionally intelligent justice. *Melbourne University Law Review*, 32, 1096-1126.
- Krug, E. G., Dahlberg, L. L., Mercy, J. A., Zwi, A. B., y Lozano, R. (2003). Informe mundial sobre la violencia y la salud, 588. Recuperado de http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112670/1/9275315884_spa.pdf?ua=1
- Laws, D.R. (2001). Relapse prevention. Reconceptualization and revision. C. R. Hollin (Ed.), *Offender Assessment and Treatment* (pp. 297-307). Chichester (UK): Wiley.
- Lee, M. Y., Uken, A., y Sebold, J. (2007). Role of self-determined goals in predicting recidivism in domestic violence offenders. *Research on Social Work Practice*, 17, 30-41. <https://doi.org/10.1177%2F1049731506294375>
- Levesque, D. A., y Gelles, R. J. (1998). Does treatment reduce recidivism in men who batter? A meta-analytic evaluation of treatment outcome. En *International Family Violence Research Conference*, Durham, NH.
- Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (1979). *Boletín Oficial del Estado*, 281, 33987-34058. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. *Boletín Oficial del Estado*, 313, 42166-42197. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2004/12/29/pdfs/A42166-42197.pdf>
- Lila, M. (2009). Intervención con hombres penados por violencia contra la mujer: El Programa Contexto. *Violencia de género: Tratado psicológico y legal*, 209-220.

- Lila, M., Gracia, E., y Catalá-Miñana, A. (2018). Individualized motivational plans in batterer intervention programs: A randomized clinical trial. *Journal of Consulting and Clinical Psychology, 86*(4), 309–320. <http://dx.doi.org/10.1037/ccp0000291>
- Lila, M., Herrero, J., y Gracia, E. (2008). Evaluating attribution of responsibility and minimization by male batterers: Implications for batterer programs. *The Open Criminology Journal, 1*(1), 4–11. <http://doi.org/10.2174/1874917800801010004>
- López-Soler, C., Alcántara-López, M., Castro, M., Sánchez-Meca, J. y Fernández, V. (2017). The association between maternal exposure to intimate partner violence and emotional and behavioral problems in Spanish children and adolescents. *Journal of Family Violence, 32* (2), 135-144. <https://doi.org/10.1007/s10896-016-9864-5>
- Marlatt, G. A., y Gordon, J. R. (1985). *Relapse prevention: A self-control strategy for the maintenance of behavior change*. New York(NY): Guilford University Press.
- Martinson, R. (1974). What works? Questions and answers about prison reform. *The Public Interest, 10*, 22-54.
- McGuire, J., Mason, T., y O’Kane, A. (2000). Effective interventions, service and policy implications. En J. McGuire, T. Mason, y A. O’Kane (Eds.), *Behavior, crime and legal processes. A guide for forensic practitioners* (pp. 289-314). Chichester, UK: John Wiley and Sons.
- Ministerio del Interior (2019a). Tipología delictiva de la población reclusa penada por la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal. Recuperado de <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=m&ad m=TES&am=2018&mm=12&tm=TIP1&tm2=GENE>
- Ministerio del Interior (2019b). Estadística del SGPMA 4º Trimestre/18. Recuperado de <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/PenasyMedidasAlternativas/estadisticas.html?anyo=2018>
- Moos, R. H. (1993). *Coping Responses Inventory: Adult Form: Professional Manual*. Odessa, FL: Psychological Assessment Resources.
- Morales, L. A. y Aguilar, M. B. (2014). Justicia Terapéutica: barreras y oportunidades para su aplicabilidad en México. En D. B. Wexler, F. Fariña, L. A. Morales, y S. P. Colín (Comp.), *Justicia Terapéutica: experiencias y aplicaciones* (pp. 11-28). Recuperado de: <https://www.pjenl.gob.mx/TratamientoDeAdicciones/download/justicia-terapeutica.pdf>
- Nguyen, T., Arbach, K., y Andrés-Pueyo, A. (2011). Factores de riesgo de la reincidencia violenta en población penitenciaria. *Revista De Derecho Penal y Criminología, 6*, 273-294.
- Novo, M., Fariña, F., Seijo, D., y Arce, R. (2012). Assessment of a community rehabilitation programme in convicted male intimate-partner violent offenders. *International Journal of Clinical and Health Psychology, 12* (2), 219-234.
- Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género (2019). *Informe sobre Violencia de Género. Año 2018*. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial-Anual-2018>

- O'Byrne, P. (2016). Therapeutic Jurisprudence and the Sentencing of Family Violence Offenders: Does the Sentencing Bottle in Victoria Need to Change. *The International Journal of Therapeutic Jurisprudence*, 1, 147-189.
- Organización Mundial de la Salud (2002). *World report on violence and health*. Ginebra, Suiza: World Health Organization. Recuperado de
- Organización Mundial de la Salud, (2012). *Monitoreo, evaluación y análisis de las estrategias nacionales de salud. Una plataforma dirigida por los países para la información y rendición de cuentas*. Recuperado de http://www.who.int/healthinfo/country_monitoring_evaluation/MandE_NHS_spanish.pdf
- Organización Mundial de la Salud (2013). *Global and regional estimates of violencia against women: prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence*. Recuperado de <https://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/9789241564625/en/>
- Peña-Casanova, J. (1991). Programa integrado de exploración neuropsicológica-test barcelona: bases teóricas, objetivos y contenidos. *Revista de Logopedia, Foniatría y Audiología*, 11(2), 66-79. [https://doi.org/10.1016/S0214-4603\(91\)75505-8](https://doi.org/10.1016/S0214-4603(91)75505-8)
- Peña-Casanova, J. (2005). *Test Barcelona-R*. Barcelona, España: Masson.
- Pérez, M., Giménez-Salinas, A., y Espinosa, M. J. (2013). Evaluación de la eficacia del programa de tratamiento con agresores de pareja (PRIA) en la comunidad. *Psychosocial Intervention*, 22, 105-114. <http://dx.doi.org/10.5093/in2013a13>
- Pineault, R., y Daveluy, C. (1988). *La planificación sanitaria : Conceptos, métodos, estrategias*. Barcelona, España: Masson.
- Ponzetti, J. J. J. (Ed). (2016). *Evidence Based Parenting Education. A global perspective*. New York, NY: Routledge.
- Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. *Boletín Oficial del Estado*, 40, 1996-3307. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-3307-consolidado.pdf>
- Redondo, S., Sánchez-Meca, J., y Garrido, V. (2001). Treatment of offenders and recidivism: Assessment of the effectiveness of programmes applied in Europe. *Psychology in Spain*, 5(1), 47-62.
- Roid, G. H., y Fitts, W. H. (1991). *Tennessee Self-Concept Scale (revised manual)*. Los Ángeles, CA: Western Psychological Services.
- Rosser, A., Suriá, R., y Mateo, M. A. (2018). Problemas de conducta infantil y competencias parentales en madres en contextos de violencia de género. *Gaceta Sanitaria*, 32(1), 35-40. <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2017.02.004>
- Rotter J. B. (1966). Generalized expectancies for internal versus external control of reinforcement. *Psychological Monographs*, 80(1), 1-28. <http://dx.doi.org/10.1037/h0092976>
- Rottman, D., y Casey, P. (1999). Therapeutic jurisprudence and the emergence of problem-solving courts. *National Institute of Justice Journal*, 240, 12-19.
- Simon, L. M. J. (1995). A therapeutic jurisprudence approach to the legal processing of domestic violence cases. *Psychology, Public Policy, and Law*, 1, 43-79.

- Scott, 2004. Predictors of change among male batterers: Application of theories and review of empirical findings. *Trauma, Violence & Abuse*, 5, 260-284. <http://dx.doi.org/10.1177/1524838003264339>
- Spencer, P. (Junio, 2012). *To dream de impossible dream? Therapeutic jurisprudence in mainstream courts*. Comunicación presentada en International Conference on Law and Society, Hawaii. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2083370>
- Stover, C. S. (2005). Domestic violence research what have we learned and where do we go from here? *Journal of Interpersonal Violence*, 20(4), 448-454. <http://dx.doi.org/10.1177/0886260504267755>
- Vilariño, M., Fariña, F., y Arce, R. (2009). Discriminating real victims from feigners of psychological injury in gender violence: Validating a protocol for forensic settings. *European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, 1(2), 221-243. Recuperado de http://sepjf.webs.uvigo.es/index.php?option=com_docman &task=doc_download &gid=19&Itemid=110&lang=en
- Wexler, D. (2017). A pro forma expungement proceeding: A lost therapeutic opportunity? Therapeutic Jurisprudence in the mainstream. *Arizona Legal Studies Discussion Paper*, No. 17-22. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=3039054>
- Work with Perpetrators of Domestic Violence in Europe (WWP). (2008). Country summaries. Dissens, Alemania: Work with Perpetrators. Recuperado de http://www.work-withperpetrators.eu/en/country_summaries.php

CAPÍTULO XIV

INTERVENCIÓN EN AGRESORES SEXUALES: APORTACIONES DE LA JUSTICIA TERAPÉUTICA

Rui Abrunhosa Gonçalves¹
Profesor de Psicología Jurídica
Universidade do Minho

Los agresores sexuales representan uno de los grupos de criminales que más temor inspiran en las personas y sobre los cuales han incidido muchos estudios de caracterización y de busca de procedimientos que logren éxito en la prevención de la recaída y desde luego en la reincidencia en el crimen.

En lo que se refiere a la victimización, la literatura y la evidencia empírica han revelado el impacto devastador y continuado en las víctimas que fueron objeto de las agresiones sexuales (Caridade y Machado, 2008; Daniels, 2016; Levine, 2012). En el ámbito de la reincidencia, a pesar de la escasa representación en términos de la delincuencia general e incluso de los crímenes contra las personas, lo que en gran parte puede deberse a la escasez de las denuncias que contribuye a la ocultación del fenómeno (Craissati, 2005; Levine, 2012), la tasa de reincidencia de los delincuentes sexuales es, en algunos casos y proporcionalmente, una de las más bajas (Cann, Falshaw, & Friendship, 2004; Cortoni, 2009; Redondo, 2002, 2008), situándose en el 20% contra el 50% de la criminalidad en general.

Por otro lado, en lo que se refiere a intervenciones dirigidas a los delincuentes sexuales, varios meta-análisis probaron un efecto promedio positivo de 14 puntos sobre los grupos de control (por ejemplo, Redondo, 2008), destacándose efectos bastante más elevados ($r = .55$) si se trata de agresores sexuales jóvenes y cuando se utilizan procedimientos de carácter cognitivo-conductual ($r = .29$).

Por otro lado, la tasa de reincidencia en delincuentes sexuales no tratados es bastante baja –situándose entre 16% y el 20%– en comparación a otros crímenes (Hanson & Bussière, 1998; Hanson & Morton-Bourgon, 2004; Hanson et al., 2002). Esta tasa baja resulta de colapsarnos los datos provenientes de los tres niveles de riesgo (elevado: más de 30% de reincidencia; bajo: infe-

¹ Escuela de Psicología, Universidad de Minho, Braga, Portugal.
rabrunhosa@psi.uminho.pt

rior a 6% - 8% de reincidencia). De otra parte, en el trabajo de Hanson et al. (2002) que analizó 43 estudios con grupos de control (50% en cada grupo), se ha identificado una disminución del riesgo de re-ofensa sexual de 17,3% (GC) para 9,9% (GE) y una disminución del riesgo de re-ofensa no sexual de 32,3% no GE y 51,3% no GC. Finalmente, Lösel e Schmucker (2005) analizaron 80 estudios incluyendo varios europeos evidenciando una tasa de reincidencia de 11.1% comparada con 17.5% en el grupo de control.

Uno otro aspecto que se debe tener cuenta es el hecho de la especialización criminal de los delincuentes sexuales. En el meta-análisis conducido por Seto & Lalumiere (2010) con delincuentes sexuales juveniles se verificó que los delincuentes sexuales no revelaban otras tendencias antisociales, lo que permite pensar que su problema es únicamente del foro sexual y no procede de otro tipo de problemas, es decir, sobre todo que no hay trastornos de personalidad.

Desde el momento en que el modelo RNR (Riesgo-Necesidades-Responsabilidad: Andrews & Bonta, 1994; Bonta & Andrews, 2017) asumió el protagonismo en la intervención con delincuentes, es posible tener un enfoque realista de lo que funciona y de lo que tiene impacto en la reducción del crimen y la reincidencia criminal. De hecho, desde entonces ha sido posible desarrollar instrumentos de evaluación de riesgo dedicados exclusivamente a delincuentes sexuales, aunque se sabe también que algunos de estos factores de riesgo pueden, en términos generales, estar presentes en algún otro tipo de delincuentes, como es el caso de psicópatas. En cualquier caso, si consideramos por ejemplo los ítems que componen el SVR-20 (Boer, Hart, Kropp, y Webster, 1997), verificamos que ocho de ellos (más de un tercio del total) se refieren a factores de riesgo asociados directamente a los delitos sexuales. Además, esta formulación permite evaluar en qué medida una intervención tiene repercusiones en la modificación del nivel de riesgo, en términos globales, pero también en los factores de riesgo específicos que son objeto de intervención.

Encuadramiento legal y tratamiento de agresores sexuales en Portugal

El castigo para los delitos sexuales en los países europeos ha sido regulado por la Comisión Europea de forma sistemática y actualizada frente a nuevas manifestaciones de esta tipología criminal. La Directiva 11/92/UE establece,

por ejemplo, nuevos límites mínimos y máximos en la aplicación de penas de prisión en el ámbito del abuso sexual y de la explotación sexual de los niños, la pornografía infantil y el embaucamiento de los niños con fines sexuales. También introduce disposiciones para reforzar la prevención de estos crímenes y la protección de sus víctimas. En el caso de la exposición del niño a actividades sexuales, la pena de prisión máxima a cumplir es de 1 año. Quien coaccione al niño a realizar acciones de carácter sexual, la pena llegar a los 10 años de cárcel. En el caso de la explotación sexual de niños, las penas pueden ir de un mínimo de 2 años de prisión (por asistir a actividades sexuales que involucran niños) a 10 años (máximo) para quien obligue al niño a la práctica de la prostitución.

La misma directiva da aún indicaciones en cuanto a la necesidad de los estados miembros de la Unión de desarrollar formas apropiadas de prevenir nuevos sucesos y en ese sentido promover la intervención sobre los delincuentes. Por lo tanto, se estipula que las personas que puedan cometer uno de los crímenes antes mencionados puedan tener acceso, cuando sea apropiado, a programas o medidas de intervención eficaces, destinados a evaluar y prevenir los riesgos de la práctica de esos crímenes. Tales programas deben estar disponibles dentro y fuera de las cárceles.

En Portugal no hay datos que permitan decir que todos los agresores sexuales condenados a prisión se hayan sometido a tratamiento, ya que esto, aunque pueda existir en la cárcel, no es obligatorio y depende de la voluntad del condenado involucrarse (o no) en el tratamiento. Por otra parte, para aquellos que reciben una condena fuera de la cárcel –que son la mayoría– los jueces tienen que introducir varias reglas de conducta, entre ellas y sobre todo la necesidad de acudir a programas o consultas especializadas para agresores sexuales. Es decir, que es mucho más probable que un agresor sexual que esté con pena de prisión suspendida o en régimen de prueba pueda beneficiarse de tratamiento para su condición de delincuente sexual que aquel que va a la cárcel.

En la actualidad existe un programa para abusadores y violadores que está implantado en algunas cárceles a lo mejor desde hace diez años. Se trata de un programa de cariz cognitivo-conductual que elige las distorsiones cognitivas, el manejo de las emociones y del impacto sobre la víctima como principales focos de intervención. Un último módulo trata de la prevención de la recaída. Este programa ha sido desarrollado en asociación con la Universidad de Minho y aunque ya ha sido administrado a algunas decenas de reclusos

no son conocidos los resultados de su impacto en el cambio de actitud de los delincuentes o su tasa de reincidencia.

La intervención con agresores en medio libre solo tiene un carácter sistemático en un equipo de reinserción que actúa en Oporto (Gonçalves, Monteiro & Barbosa, 2014) ya que en otros casos se hace recurso a los servicios de sexología que están ubicado en los hospitales centrales mas todavía con muy poca expresión cuanto a los sujetos tratados. Es decir que, salvaguardando los primeros, no se puede decir también que este caso la intervención con los delincuentes sexuales tenga una estructura basada en los principios del modelo R-N-R. Asimismo, el tipo de intervención se desarrolla en formato individual y están todavía presentes los principios de integridad, robustez teórica y evaluación de proceso que suelen dar cuenta de un procedimiento metodológicamente adecuado. Esta intervención empezó de forma sistemática al final de 2012 y desde entonces que se van coligiendo datos no solo de eficacia de la intervención en variables socio-demográficas, psicológicas y de evaluación de riesgo como también se intenta monitorizar la reincidencia a través de la consulta de bases datos oficiales de los servicios de policía y prisiones (Gonçalves, Monteiro & Barbosa, 2014). Los participantes son sobre todo abusadores de menores y pornógrafos infantiles. Un grupo más reducido ha cometido violación y otros están condenados por importunación sexual, un crimen menos grave de atentado a la libertad sexual de personas adultas.

En este momento es posible presentar algunos datos de comparación entre un pequeño grupo de acosadores ($n = 13$) y de pornógrafos ($n = 5$) que han completado la intervención y se encuentran en libertad sin que hayan reincidido en el crimen, pasados ya más de dos años sobre el término de su condena.

Aunque en general no se obtuvieran diferencias estadísticamente significativas por lo reducido efectivo de los dos grupos, asimismo se encontró que: 1) Las víctimas de los acosadores son exclusivamente menores de 12 años en cuanto que las de los pornógrafos suelen ser más mayores o más jóvenes ($\chi^2(2) = 12.058, p = .002$); 2) Las víctimas de los acosadores son sobre todo de sexo femenino en cuanto que los pornógrafos no presentan una opción de género clara ($\chi^2(2) = 7.815, p = .020$); 3) Las víctimas de los acosadores son conocidas de ellos y las de los pornógrafos non ($\chi^2(1) = 15.033, p = .000$); 4) Los acosadores están asociados a grados escolares más bajos ($\chi^2(2) = 8.587, p = .014$); y 5) Los acosadores tienden también a abusar de sustancias ($\chi^2(1) = 5.115, p = .024$).

Los datos referentes a medidas psicométricas evidenciaron que los pornógrafos tienen más probabilidad de presentar un bajo riesgo de violencia sexual en el SVR-20, en cuanto que los acosadores presentan medio o incluso alto riesgo. En la escala de creencias de violencia sexual (Martins, Machado, Gonçalves & Manita, 2012), los acosadores presentan resultados siempre más altos que los pornógrafos sobre todo en el factor de “falsas alegaciones” ($U = 14.000$, $p = .029$), lo que significa que ellos tienen una mayor tendencia a validar la idea que las víctimas producen falsas alegaciones en casos de violencia sexual.

Estos datos aún preliminares, muestran que la intervención con agresores sexuales, más que necesaria, es útil y debe tener en cuenta la especificidad de los mismos ya que todo lleva a creer que las motivaciones de acosadores y pornógrafos para cometer los correspondientes crímenes serán diferentes. Pero también resulta importante percibir en el apartado de los factores de riesgo lo que distingue los delincuentes sexuales de la generalidad de los delincuentes, o hasta qué punto muchos factores de riesgo son comunes entre ambos. En nuestro estudio, el consumo de sustancias aparece como un factor de riesgo relevante pero no existía, por ejemplo, ninguna asociación a otros crímenes en ninguno de los grupos, algo que ha sido sugerido en el estudio meta-analítico de Hanson et al. (2009).

Si no fuera por una otra razón, y dada la solidez que el modelo R-N-R ha aportado a la intervención con los delincuentes en general, nos parece necesario profundizar más la tipología de los delincuentes sexuales, asociando a los factores de riesgo identificados para la generalidad de los delincuentes, ensañamientos de la criminología ambiental, derivados de los estilos de ataque a las víctimas (Rebocho & Gonçalves, 2012) así como de las motivaciones para cometer estos crímenes.

CONCLUSIÓN

Por lo que acabamos de decir parece resultar que todo el enfoque que el paradigma de la Justicia Terapéutica (Wexler, 2010) concede a los crímenes y a los criminales debe también ser tenido en cuenta cuando nos referimos a los delincuentes sexuales. En realidad, es el grupo de los delincuentes sobre quién más se habló de intervención médica, sea hormonal, psiquiátrica o incluso quirúrgica, lo que presupone una clara necesidad de tratamiento. Y si hay mucha polémica sobre los tipos de tratamiento antes mencionados,

nadie niega que una intervención ejecutada bajo la égida de una medida penal permite el establecimiento de un programa que respete las necesidades criminógenas del sujeto, el nivel de riesgo que representa y los mecanismos de prevención general y especial que la ley impone.

Resulta todavía necesario que el terapeuta sea capaz de ajustarse a la capacidad de aprendizaje del agresor y a su “background” cultural, así como a sus fluctuaciones de humor y cooperación en el proceso. Algo que pasa por el respeto para con el otro, el manejo de la empatía, a la par de ser capaz de orientar, de recompensar y punir, exhibiendo a la vez firmeza y autoridad. Al final, la Justicia Terapéutica no es más que un ejercicio de autenticidad.

REFERENCIAS

- Andrews, D. A., & Bonta, J. (1994). *The psychology of criminal conduct*. Cincinnati, OH: LexisNexis/Anderson.
- Bonta, J. & Andrews, D. A., (2017). *The psychology of criminal conduct (6th ed.)*. NY: Routledge.
- Boer, D.P., Hart, S.D., Kropp, P.R., & Webster, C.D., (1997). *Manual for the Sexual Violence Risk – 20*. Burnaby.
- Cann, J., Falshaw, L., & Friendship, C. (2004). Sexual offenders discharged from prison in England and Wales: A 21-year reconviction study. *Legal and Criminological Psychology*, 9, 1-10.
- Caridade, S., & Machado, C. (2008). Violência sexual no namoro: Relevância da prevenção. *Psicologia*, XXII, 1, 77-104.
- Cortoni, F. (2009). Factors associated with sexual recidivism. In A. R. Beech, L. A. Craig and K. D. Browne (Eds.), *Assessment and treatment of sex offenders: A handbook* (pp. 39-51). Oxford: Wiley Blackwell, John Wiley & Sons, Ltd., Publication.
- Craissati, J. (2005). Sexual violence against women: A psychological approach to the assessment and management of rapists in the community. *Probation Journal*, 52, 4, 401-422.
- Daniels, S.J. (2016). The traumatic effects of rape and sexual violence. In S.J. Daniels (Ed.), *Working with the trauma of rape and sexual violence. A guide for professionals* (23-39). London: Jessica Kingsley Publishers.
- Gonçalves, R. A., Monteiro, O. & Barbosa, M. L. (2014). *A comparative study between internet child pornography offenders and child molesters*. Paper presented at the 13th Conference of the International Association for the Treatment of Sexual Offenders. Porto, September 3-6.
- Hanson, R. K., & Bussière, M. T. (1998). Predicting relapse: A meta-analysis of sexual offender recidivism studies. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 66, 348-362.
- Hanson, R. K., Gordon, A., Harris, A. J. R., Marques, J. K., Murphy, W., Quinsey, V. L., & Seto, M. C. (2002). First report of the Collaborative Outcome Data Project on the effectiveness of psychological treatment of sex offenders. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, 14, 169-194.
- Hanson, R. K., & Morton-Bourgon, K. E. (2005). The characteristics of persistent sexual offenders: A meta-analysis of recidivism studies. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 73, 1154-1163.
- Hanson, R. K., Bourgon, G., Helmus, L., & Hodgins, S. (2009). The principles of effective correctional treatment also apply to sexual offenders: A meta-analysis. *Criminal Justice and Behavior*, 36, 865-891. <http://dx.doi.org/10.1177/0093854809338545>
- Levine, H. B. (2012). *Adult analysis and childhood sexual abuse*. New York: Routledge.
- Lösel, F., & Schmucker, M. (2005). The effectiveness of treatment for sexual offenders: A comprehensive meta-analysis. *Journal of Experimental Criminology*, 1, 117-146.

- Rebocho, M. F. & Gonçalves, R. A. (2012). Sexual predators and prey: A comparative study of the hunting behavior of rapists and child molesters. *Journal of Interpersonal Violence*, 27 (14), 2770-2789. DOI: 10.1177/ 0886260512438280.
- Redondo, S. (2002). Delicuencia sexual: Mitos y realidades. In S. Redondo (Coord.), *Delicuencia sexual y sociedad* (pp. 35-52). Barcelona: Ariel.
- Redondo, S. (2008). *Manual para el tratamiento psicológico de los delincuentes*. Madrid: Ed. Pirámide.
- Seto M.C. & Lalumiere, M.L. (2010). What is so special about male adolescent sexual offending? A review and test of explanations through a meta-analysis. *Psychological Bulletin*, 136 (4), 526-75.
- Wexler, D. B. (2010). Therapeutic Jurisprudence and its application to criminal justice research and development. *Irish Probation Journal*, 7, 94-107. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1628804>

EPÍLOGO

PRÓXIMOS PASOS EN EL DESARROLLO DE LA JUSTICIA TERAPÉUTICA¹

David B. Wexler
Profesor catedrático
Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico

Karla G. González Vázquez
Juris Doctor 2019
Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico

Este excelente libro comienza con una valiosa introducción por la Prof. Esther Pillado González, desde la perspectiva de la Justicia Terapéutica (TJ, por sus siglas en inglés), donde hace referencia a literatura importante de TJ. Luego continúa con una serie de capítulos reflexivos por autores expertos donde se van analizando diversas figuras propias del proceso penal y programas de intervención con un claro componente de TJ. El libro debe ser leído extensamente y debe servir como base de programas para jueces, abogados, estudiantes de derecho, y por supuesto, aquellos psicólogos, criminólogos y trabajadores sociales interesados en el ámbito jurídico.

Al cierre de su capítulo introductorio, la Prof. Pillado González hace una observación sobre la existencia de un método sistemático de TJ para examinar cuidadosamente leyes y prácticas relevantes, y sin embargo señala que el volumen presente es considerablemente más informal en cuanto señala que “No procede en un trabajo de este carácter, realizar un análisis profundo del carácter amigable o no para la TJ de las normas vigentes en España; sí parece interesante destacar algunas figuras jurídicas propias del proceso penal o programas de intervención que encajan con los postulados de la TJ”. Después

¹ David B. Wexler; profesor catedrático en la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico y Presidente Honorario de la *International Society for Therapeutic Jurisprudence*. El Prof. Wexler puede ser contactado a través del correo electrónico davidwexler@yahoo.com

Karla G. González Vázquez; Juris Doctor 2019 de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico y Portavoz del Pro Bono Rescate, organización estudiantil que promueve la práctica de la Justicia Terapéutica con la población correccional de Puerto Rico. Karla puede ser contactada a través de su correo electrónico karlagonzalez.tj@gmail.com

de la discusión sobre TJ en el ordenamiento jurídico español, hemos preparado un breve epílogo desde la perspectiva internacional, recomendando pasos para facilitar el desarrollo del TJ en el proceso penal.

Aquí, con la esperanza de que el libro inspire más acciones de la TJ en España, nos gustaría presentar, de manera concisa, cómo (y por qué) un camino enfocado en la TJ puede ser seguido y resultar provechoso y beneficioso:

1. En caso de que aún continúe habiendo una pregunta seria sobre si se debe perseguir un objetivo de TJ, debemos recordar algo indudable: que la ley *tendrá* impactos terapéuticos o anti-terapéuticos, lo sepamos o no, nos guste o no. Por lo tanto, debemos ser conscientes de esto y ser respetuosos del debido proceso y de otros valores, debemos esforzarnos por aumentar el impacto terapéutica y reducir el anti-terapéutico.

2. La metáfora y metodología del vino (líquido)/botella deben ser usadas como un lienzo para describir el derecho español y sus procedimientos, y para determinar cuán “amigables” y compatibles con la TJ son particulares leyes (o cuán listas están para la TJ) —y, en la medida en que estas no sean receptivas a la visión de la TJ, determinar si la reforma de tales leyes parece factible. Existe literatura relevante sobre esto, alguna en español y otra en inglés.² La examinación actual de las leyes y procedimientos sería un examen del Diseño Terapéutico de la Ley (*Therapeutic Design of the Law*, o TDL) para ver cómo a las prácticas y técnicas de la TJ (Aplicación Terapéutica de la Ley, o TAL, por sus siglas en inglés) probablemente les iría bajo la estructura legal/jurídica particular. Una estructura legal española que ha sido de gran interés para la TJ, a nivel internacional, es el Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP). Wexler ha tomado la posición de que la estructura legal de la ley del JVP es mucho más “amigable con la TJ” que la ley federal de los Estados Unidos

2 WEXLER, David B., “Justicia Terapéutica: Una Vision General” (“Therapeutic Jurisprudence: An Orientation”), 2014, Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 14-23. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2468365>. WEXLER, David B., “Nuevo Vino En Nuevas Botellas: La Necesidad De Diseñar Un ‘Código’ De Procesos Y Prácticas Penales Desde La Perspectiva De La Justicia Terapéutica” (“New Wine in New Bottles: The Need to Sketch a Therapeutic Jurisprudence ‘Code’ of proposed Criminal Processes and Practices”), 2013, Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 14-22. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2466124>. WEXLER, David B., “Moving Forward on Mainstreaming Therapeutic Jurisprudence: An Ongoing Process to Facilitate the Therapeutic Design and Application of the Law”, *Therapeutic Jurisprudence: New Zealand Perspectives v*, Warren Brookbanks ed., 2015, Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 15-10. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2564613>.

sobre la implementación de sentencia y liberación supervisada.³ Es importante destacar, sin embargo, que “amigable para la TJ” se relaciona solo con el *potencial* que tiene una ley (botella) de ser llenada con técnicas (vino/líquido) de la TJ en su aplicación. La capacitación de actores judiciales pertinentes y otros podría ser necesaria para asegurar que la Aplicación Terapéutica de la Ley (TAL) trabaje para hacer que la ley sea robustamente terapéutica en la práctica y en la vida diaria.

3. Cuando hablamos de las prácticas y técnicas de la TJ —la Aplicación Terapéutica de la Ley (TAL)— debemos tener presente que en términos de sentencias y resoluciones relacionadas, no es solo la sentencia *en sí* la que es importante, pero también es crucial la **manera** en que esta es impuesta y ejecutada. La ley del JVP, según discutida, es un ejemplo excelente de esto.

4. De forma relacionada, las prácticas y técnicas de la TJ —el “vino” de la TJ— son básicamente extraídas de las ciencias sociales de la psicológica, criminología, trabajo social y otras similares. Así que, idealmente, la **manera** en que se impone la sentencia es a menudo asistida por el “viñedo” de la ciencia social. Y está surgiendo literatura en la cual las ideas de las ciencias sociales se convierten en lenguaje y diálogo judicial sugerido. Las investigaciones relevantes extraídas aquí se relacionan con las áreas de la equidad procedural, la desistencia, la planificación de prevención de recaídas, el refuerzo del comportamiento positivo, los principios de cumplimiento de atención médica, y de otras visiones basadas en la fortaleza. Se hace referencia en la nota al calce a un artículo relevante traducido al español relacionado al viñedo de la TJ⁴.

3 WEXLER, David B., & CALDERÓN, Jeanine, “El Juez de Vigilancia Penitenciaria: Un modelo para la creación de juzgados de reinserción en las jurisdicciones angloamericanas en aplicación de los principios del “derecho terapéutico”. *Revista Española De Investigación Criminológica*, 2, 2004, 1-14. Disponible en <https://reic.criminologia.net/index.php/journal/article/view/14>. WEXLER, David B., “Moving Forward on Mainstreaming Therapeutic Jurisprudence: An Ongoing Process to Facilitate the Therapeutic Design and Application of the Law”, *Therapeutic Jurisprudence: New Zealand Perspectives v*, Warren Brookbanks ed., 2015, Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 15-10. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2564613>.

4 WEXLER, David B. and PÉREZ MUÑIZ, Manuel, “La Importancia Del ‘Viñedo’ De La Justicia Terapéutica Va Más Allá De La Justicia Procesal” (“The importance of the Therapeutic Jurisprudence ‘vineyard’ goes beyond Procedural Justice”), 2016, Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 16-15. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2783878>; WEXLER, David B., “Guiding Court Conversation Along Pathways Conducive to Rehabilitation: Integrating Procedural Justice and Therapeutic Jurisprudence”, *1 International*

5. Estamos esperanzados en que el desarrollo y la sostenibilidad de la TJ pueda ser asistido por una nueva forma de escritura legal/interdisciplinaria: el **escrito *amicus justitia*** (amigo de la justicia). Tal escrito sería distinto del *amicus curiae brief*, el cual es común al menos en los sistemas legales angloamericanos. El escrito *amicus curiae* puede ser sometido por un tercero para llamar la atención a un tribunal (usualmente un tribunal apelativo) con respecto a asuntos de importancia de un caso que el tribunal puede no haber considerado. Pero un **escrito *amicus justitia*** es típicamente preparado por actores legales, como los tribunales de primera instancia, abogados, fiscales, equipo de tratamiento de adicciones. El mismo es diseñado para explicarle y sugerirle a las partes la mejor forma de *implementar* o *aplicar* una ley en cuestión, materia que podría ser pasada por alto en ausencia de este esfuerzo educativo.

En otras palabras, la ley misma es básicamente “sostenible”—es escrita, publicada y fácilmente disponible para todos. Pero la posible *aplicación* terapéutica de la ley no es en ningún modo sostenible, o incluso reconocida, sin algún esfuerzo especial.

Por ejemplo: El diseño de una ley puede ser “amigable para la TJ” (en términos de su potencial implementación) pero esta puede no funcionar de forma terapéutica si las técnicas de implementación de la TJ no son conocidas o no se les considera aplicables. Curiosamente, incluso una ley que aparenta ser, por su diseño, “no amigable para la TJ”, puede ser vista de forma creativa y en el ejercicio pueden revelarse “espacios” en la ley donde las técnicas de la TJ pueden ser invocadas de forma permisiva. Un **escrito *amicus justitia*** podría señalar dónde existe ese “espacio” en la ley y podría instar a actores legales a verter “vino” de la TJ en esa ley.

Una forma de ilustrar esto podría ser por medio de la ley del JVP discutida anteriormente, la cual ha sido implementada de varias maneras por varios actores, algunos utilizando más técnicas de la TJ que otros. Si las ideas se conservaran en un **escrito *amicus justitia*** y fueran difundidas ampliamente, más jueces podrían comenzar a aplicar la ley de una manera más terapéutica.

Una ilustración muy interesante es la implementación en Hawaii del llamado Programa HOPE (*Hawaii's Opportunity Probations with Enforcement Program*), relacionado con las personas adictas a las drogas puestas en libertad condicional. La ley misma parece ser una ley puramente disuasoria,

Journal of Therapeutic Jurisprudence 367, 2016, Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 15-33. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2677431>.

que opera con sanciones (de bajo nivel) rápidas y certeras. Por su lenguaje pareciera que los objetivos de rehabilitación en sí mismos han sido borrados de la ley. Sin embargo, un examen de la administración de la ley misma muestra cómo el principal juez allí logró llevar importantes prácticas de la TJ a su implementación —y muchos creen que los resultados exitosos que se han dado bajo la ley son en gran parte atribuibles a la aplicación terapéutica de la ley. Aquí se explica cómo y dónde el juez trajo la TJ a la administración de la ley: La primera etapa de la ley es una “audiencia de advertencia” donde el juez establece las reglas estrictas que hay para los participantes sobre llamar, presentarse para un análisis de orina si el número al azar que surge es el del participante, etc. Aquí, el juez *podría* implementar la audiencia de advertencia según entienda conveniente. Por ejemplo, un nuevo participante en libertad condicional podría presentarse ante el juez y escuchar la advertencia. Pero el juez aquí trae al tribunal a todos los nuevos participantes al mismo tiempo. Él les dice que HOPE es un programa difícil, pero que todos ellos pueden tener éxito y él espera que lo tengan. Él les dice que compartan con él cualquier problema que estén enfrentando. De esta forma el grupo aprende que todos están siendo tratados por igual y que el juez está ansioso por verlos triunfar.⁵

Cuando otras jurisdicciones conozcan de los resultados positivos del Programa HOPE, podrían decidir aprobar la misma ley en sus jurisdicciones. Se ha visto que los resultados de esto a menudo son bastante decepcionantes, y esto puede deberse a que la nueva ley se implementa estrictamente como una ley disuasoria, sin implementar el componente terapéutico que de hecho

5 En la “audiencia de advertencia”, el juez detallará a los nuevos participantes cuáles serían las consecuencias por violar las condiciones del programa. Estas podrían variar en severidad, dependiendo cuán grave fue la violación de la condición. Por ejemplo un individuo participante del programa podría estar encerrado en prisión varias noches si se presenta en tribunal voluntariamente y admite a esto; mientras que si un individuo se ausenta sin excusas a una audiencia programada y evade a las autoridades, podría ser arrestado y encarcelado hasta 30 días. En la “audiencia de advertencia” también se les explica que como parte de los análisis de orina, el programa usa un sistema de colores, el cual asigna a cada participante un color y este debe llamar todos los días para que se le indique si debe presentarse para una prueba, las cuales serán al azar y se darán hasta seis por mes. BARTELS, Lorana, “Looking at Hawaii’s Opportunity Probation with Enforcement (Hope) Program Through a Therapeutic Jurisprudence Lens”, *Queensland University of Technology Law Review*, 16, 2016, 30-49. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3124774>. El siguiente enlace redirige a un video de audiencias de probatoria del Programa HOPE en la sala del Juez Steven Alm, <https://vimeo.com/24091601>.

contiene en Hawaii. Piense en lo importante que sería incorporar los aspectos terapéuticos en un escrito *amicus justitia* distribuido a todos los interesados, incluidas otras jurisdicciones que buscan nuevas formas de tratar con personas adictas a las drogas en libertad condicional.⁶

6. Una forma para lograr que los tribunales asuman un desafío de la TJ sería formar parte de un proyecto de autoevaluación y que estos mismos promuevan su mejoramiento. Aparentemente hay varios de dichos instrumentos disponibles, pero con el que la comunidad de la TJ está más familiarizado es el *International Framework for Court Excellence*. Un artículo reciente insta a los sistemas judiciales y líderes que usan el *Framework* a considerar no solo el importantísimo objetivo de la excelencia judicial, sino también a considerar la importancia de introducir a la TJ en el sistema judicial. El artículo, escrito por Richardson, Spencer y Wexler, y publicado en el *Journal of Judicial Administration* de Australia, insta como objetivos la “excelencia en el tribunal” así como también el “bienestar”.⁷

7. Por último, pero no menos importante, instamos a los lectores a que se unan a, participen en, aprendan de y contribuyan con la nueva (creada hace un año) Sociedad Internacional para la Jurisprudencia Terapéutica (*International Society for Therapeutic Jurisprudence*, o ISTJ). La ISTJ planea ser la organización internacional que promueve el desarrollo de TJ en todo el mundo.

Por favor, visite el sitio web <https://www.intltj.com> (y únase, por una tarifa muy modesta), página donde los usuarios encontrarán las herramientas principales de la TJ: una bibliografía de TJ (con un número creciente de publicaciones en español), un *listserv* de TJ (en inglés) y RedTJ (un *listserv* de TJ en español), un maravilloso blog del *mainstream* de la TJ con una sección

6 WEXLER, David B., “The Therapeutic Application of the Law & the Need for ‘Amicus Justitia’ Briefs”, *Therapeutic Jurisprudence in the Mainstream BLOG*, April 30, 2018. Disponible en <https://mainstreamtj.wordpress.com/category/amicus-justitia-briefs/>.

7 El *International Framework for Court Excellence* provee a las cortes y tribunales una herramienta de evaluación interna del funcionamiento de los procedimientos, normas y sistemas de los tribunales. La misma es realizada por los oficiales y el personal de estos, para mejorar la calidad de la justicia impartida.

RICHARDSON, Elizabeth & SPENCER, Pauline & WEXLER, David B., “The International Framework for Court Excellence and Therapeutic Jurisprudence: Creating Excellent Courts and Enhancing Wellbeing”, *25 Journal of Judicial Administration* 148, 2016, Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 16-14. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2782162>.

de “oficio de corte” y nuevos escritos sobre los *amicus justitia briefs*, una página y un grupo de TJ en Facebook y otras redes sociales, y mucho más.

Ahora estamos en el proceso de crear varios capítulos geográficos y grupos de interés temáticos, muchos de los cuales deberán ser de interés para la creciente comunidad de TJ en España: estos capítulos y grupos están disponibles para los miembros en la parte del sitio web llamada Foro TJ (*TJ Forum*). Allí, una persona interesada puede (iy debería!) unirse (simplemente oprimiendo “Subscribe”) a estos capítulos y grupos de interés recién formados y prometedores:

Hay un Capítulo Iberoamericano, diseñado en gran parte para hispanohablantes, con la esperanza de que los hispanohablantes estén en contacto cercano con profesionales de la TJ en todas partes del mundo.⁸ También hay un grupo de alcance Judicial, así como un grupo de Ciencias Sociales; esperamos que todos estos grupos evolucionen en mini-*listservs* y ayuden a formar una comunidad real.⁹

Estamos muy entusiasmados con la ISTJ y el rol que jugará en ella la comunidad de la TJ en España, liderada por la Asociación Española de Justicia Terapéutica (AETJ) y la Asociación Iberoamericana de Justicia Terapéutica (AITJ). Estamos seguros de que la ISTJ nos acercará aún más.

8 Un proyecto que podría emerger de la International Society for Therapeutic Jurisprudence es la traducción del español al inglés y vice versa de algunos escritos importantes sobre la Justicia Terapéutica.

9 Luego de hacerse miembro de ISTJ en <https://www.intltj.com>, podrá ver entre las ventanas del margen superior del sitio web que está disponible la de TJ Forum, bajo la cual se encuentran los diversos capítulos regionales (como el mencionado Capítulo Iberoamericano), los grupos de interés (como el *Judicial Outreach Interest Group*, y el grupo *Social Science and TJ*) y otros foros de discusión. Al encontrar alguno que le interese, debe suscribirse al mismo (“Subscribe to new topics”) para de esta forma recibir al correo electrónico las nuevas participaciones y publicaciones de otros miembros. Los invitamos a publicar alguna información sobre sí mismos, y sobre su interés, conocimiento y/o experiencia con la Justicia Terapéutica.

BIBLIOGRAFÍA

- BARTELS, Lorana, “Looking at Hawaii’s Opportunity Probation with Enforcement (Hope) Program Through a Therapeutic Jurisprudence Lens”, *Queensland University of Technology Law Review*, 16, 2016, 30-49. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3124774>.
- WEXLER, David B., “Guiding Court Conversation Along Pathways Conducive to Rehabilitation: Integrating Procedural Justice and Therapeutic Jurisprudence”, *1 International Journal of Therapeutic Jurisprudence* 367, 2016, Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 15-33. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2677431>.
- WEXLER, David B., “Justicia Terapéutica: Una Vision General” (“Therapeutic Jurisprudence: An Orientation”), 2014, Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 14-23. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2468365>.
- WEXLER, David B., “Moving Forward on Mainstreaming Therapeutic Jurisprudence: An Ongoing Process to Facilitate the Therapeutic Design and Application of the Law”, *Therapeutic Jurisprudence: New Zealand Perspectives v*, Warren Brookbanks ed., 2015, Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 15-10. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2564613>.
- WEXLER, David B., “Nuevo Vino En Nuevas Botellas: La Necesidad De Diseñar Un ‘Código’ De Procesos Y Prácticas Penales Desde La Perspectiva De La Justicia Terapéutica” (“New Wine in New Bottles: The Need to Sketch a Therapeutic Jurisprudence ‘Code’ of proposed Criminal Processes and Practices”), 2013, Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 14-22. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2466124>.
- WEXLER, David B., “The Therapeutic Application of the Law & the Need for ‘Amicus Justitia’ Briefs”, *Therapeutic Jurisprudence in the Mainstream BLOG*, April 30, 2018. Disponible en <https://mainstreamtj.wordpress.com/category/amicus-justitia-briefs/>.
- WEXLER, David B. & CALDERÓN, Jeanine, “El Juez de Vigilancia Penitenciaria: Un modelo para la creación de juzgados de reinserción en las jurisdicciones angloamericanas en aplicación de los principios del “derecho terapéutico”. *Revista Española De Investigación Criminológica*, 2, 2004, 1-14. Disponible en <https://reic.criminologia.net/index.php/journal/article/view/14>.
- WEXLER, David B. & PÉREZ MUÑIZ, Manuel, “La Importancia Del ‘Viñedo’ De La Justicia Terapéutica Va Más Allá De La Justicia Procesal” (“The importance of the Therapeutic Jurisprudence ‘vineyard’ goes beyond Procedural Justice”), 2016, Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 16-15. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2783878>;
- RICHARDSON, Elizabeth, SPENCER, Pauline, & WEXLER, David B., “The International Framework for Court Excellence and Therapeutic Jurisprudence: Creating Excellent Courts and Enhancing Wellbeing”, *25 Journal of Judicial Administration* 148, 2016, Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 16-14. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2782162>.