

Críticas de Justicia restaurativa al Derecho Penal: algunas respuestas y posibles límites

Critiques of Restorative Justice to Criminal law: some answers and possible limits

ANTONIO CARDONA BARBER

Profesor Lector de Derecho Penal

Universidad Autónoma de Barcelona (España)

antonio.cardona@uab.cat

 <https://orcid.org/0000-0001-5943-1911>

Resumen: En este trabajo de investigación se defiende que algunos de los argumentos utilizados para apostar y defender las bondades de las propuestas de justicia restaurativa tienden a criticar al modelo del derecho penal liberal de forma injustificada, o, como mínimo, exagerada. Por ello, el objetivo principal del presente estudio ha sido el de intentar ofrecer contraargumentos a las críticas de justicia restaurativa referidas. Además, en estas páginas el lector encontrará algunos comentarios sobre posibles aspectos de los procedimientos participativos de justicia restaurativa que, en el campo de lo operativo, pueden presentar algunas tensiones prácticas.

Abstract: *This research paper argues that some of the arguments used to support and defend the goodness of restorative justice proposals tend to criticize the liberal criminal law model in an unjustified or, at least, exaggerated way. Therefore, the main objective of the present study has been to try to offer counterarguments to the aforementioned criticisms of restorative justice. In addition, in these pages the reader will find some comments on possible aspects of participatory restorative justice procedures which, in the operational field, may present some practical tensions.*

Recepción: 07/06/2024

Aceptación: 23/10/2024

Cómo citar este trabajo: CARDONA BARBER, Antonio, "Críticas de Justicia restaurativa al Derecho Penal: algunas respuestas y posibles límites", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 10, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 55-83, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i10.03>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 10, julio-septiembre, 2024, pp. 55-83

Palabras clave: justicia restaurativa, retribución, prevención, derecho penal, procedimientos restaurativos, delito, víctima.

Keywords: *restorative justice, retribution, prevention, criminal law, restorative procedures, crime, victim.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DEL EQUIVOCADO BINOMIO “JUSTICIA RESTAURATIVA” CONTRA “JUSTICIA RETRIBUTIVA”. 2.1. Cuestión previa. 2.2. De los fines de la pena. 2.3. De los medios, instrumentos y objetivos del Derecho penal liberal. 2.4. Recapitulación del capítulo segundo. 3. DE LA FALSA MARGINACIÓN HISTÓRICA DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO. 3.1. Cuestión previa. 3.2. La víctima en el ordenamiento jurídico penal español. 3.3. Recapitulación del capítulo tercero. 4. EL RIESGO DE LA INDESEABLE “JUSTICIA PENAL PRIVADA”. 5. EL PELIGRO DE CONFUNDIR EL MEDIO CON EL FIN. 5.1. Cuestión previa. 5.2. Toma de posición. 5.3. Posibles alternativas a los procedimientos participativos. 5.4. Excurso y puntualización. 5.5. Recapitulación del capítulo quinto. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Como primer apunte, y a diferencia de lo que podría inferirse a la luz del título rector elegido para este estudio, quiero dejar claro que mi posición, ante las ideas que proponen las corrientes de justicia restaurativa, no es una posición de frontal oposición, todo lo contrario: entiendo que no podemos desaprovechar las ideas de justicia restaurativa que puedan ayudarnos a mejorar (o complementar) el sistema de justicia penal. Esta afirmación la realizo en la línea de las corrientes que apuestan por un planteamiento “integrador” según el cual, las aportaciones de justicia restaurativa no deben concebirse como la elaboración de un nuevo sistema en la resolución de conflictos penales que pueda superar y sustituir el sistema de justicia penal actual, pero, sí que pueden entenderse como ideas que pueden ayudar a mejorar los instrumentos del sistema del derecho penal vigente en la consecución de sus objetivos¹.

En este contexto, y si bien en la actualidad² no contamos con una conceptualización

¹ En esta línea ver: GARCÍA ARÁN, M., “Instrumentos para la Justicia restaurativa y su aplicación a la delincuencia socioeconómica”, en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M., Tirant lo Blanch, 2021, p. 140.

² En la Directiva 2012/29/UE se estableció la siguiente definición de Justicia restaurativa: “cualquier proceso 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”. Ahora bien, tal y como será comentado a lo largo de este estudio, esta definición, centrada únicamente en el “procedimiento participativo”, durante los últimos doce años, y no sin cierta oposición, viene siendo discutida para intentar dar cabida, dentro de un nuevo concepto de justicia restaurativa, más amplio y transversal, a otras cuestiones adicionales, como por ejemplo las sanciones reparadoras de enfoque restaurativo. Al respecto puede verse a: NIETO MARTÍN, A., “Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿Cómo configurar un sistema de sanciones para

única de justicia restaurativa³, y, por ello, puede afirmarse que estas teorías discurren por distintas corrientes con modelos reparadores singulares⁴, durante las últimas décadas, en varios países, se han ido planteando una serie de propuestas alternativas a los modelos tradicionales de resolución de conflictos penales.

Así, y de forma muy resumida, podría decirse que las corrientes de justicia restaurativa, esencialmente, cuentan con un doble propósito: favorecer la reparación del daño padecido por las víctimas del delito y, mejorar su protagonismo en el transcurso del proceso penal⁵. A tal fin los sistemas de justicia restaurativa canalizan sus propuestas a través de los conocidos como procesos restaurativos (procesos restaurativos que pueden darse en un amplio catálogo de posibles tipologías⁶), mediante los cuales se facilitan encuentros participativos donde, los protagonistas (normalmente víctima y victimario), con la ayuda de un tercero imparcial, intentan alcanzar algún tipo de acuerdo reparador⁷.

personas jurídicas pensando en sus víctimas?”, en HOYOS SANCHO, M. *La víctima del delito y las últimas reformas penales*, Aranzadi, Navarra, 2017.

3 Entre muchos otros ver TAMARIT SUMALLA, J. M., “La justicia restaurativa: concepto, principios y marco teórico”, en Tamarit (Coord.) *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada, Comares, 2012; o, también, SHAPLAND, J., “Implications of growth: Challenges for restorative justice”, en *International Review of Victimology*, 2014, p. 113. Incluso, al respecto, BRAITHWAITE señaló que la justicia restaurativa se ha venido definiendo en contraposición a lo que presenta alternativa: BRAITHWAITE, J., “Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts”, *Crime and Justice: A Review of Research*, Nº 25, Published by: The University of Chicago Press, 1999, en cuya p. 4 puede leerse que: “Restorative justice is most commonly defined by what it is an alternative to”.

4 Así se señala, por ejemplo, en el Manual sobre programas de justicia restaurativa, editado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, donde se apunta que la justicia restaurativa es “un concepto evolutivo que ha generado diferentes interpretaciones en diferentes países, respecto al cual no hay siempre un consenso perfecto”: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf (enlace consultado el 22 de mayo de 2024).

De todos modos, TAMARIT SUMALLA señala los puntos sobre los cuales existe un amplio consenso internacional respecto de un programa que exprese un “espíritu restaurativo” en: TAMARIT SUMALLA J. M., “El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, Volumen 1, 139-160, 2013, p. 143.

5 En este sentido, por ejemplo, GARCÍA ARÁN señala que: “En la segunda mitad del siglo XX se produjo lo que ha sido denominado movimiento de redescubrimiento de la víctima, genéricamente dedicado a reconocer los derechos de las víctimas de los delitos y, en ocasiones, a otorgarles un mayor protagonismo en el proceso penal”: GARCÍA ARÁN, M., “Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica”, en *Un Derecho penal comprometido, libro homenaje al Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 449.

6 Por ejemplo, encuentros participativos entre víctimas y victimarios, círculos de participación comunitaria, distintos tipos de conferencias, mediaciones, sesiones dirigidas por una autoridad judicial, etc. En este contexto, y con un amplio estudio comparado sobre la temática de la “justicia negociada”, pueden verse a: GADDI, D., “Materiales para una conformidad restaurativa”, en GARCÍA ARÁN, M. (dir.) *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, Tirant lo Blanch, 2021.

7 Entre otros muchos otros ver GORDILLO SANTANA, L. F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007; o, BARONA VILAR., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp.144-149, 2011.

Pues bien, tal y como he apuntado en el primer párrafo de este escrito, en mi caso, considero que algunas de las propuestas de justicia restaurativa, entre otras bondades, pueden “ayudar” a mejorar el tipo de participación que ostentan las víctimas en los procedimientos penales, “ayudar” a mejorar la reparación del daño sufrido por aquéllas e, incluso, “ayudar” a mejorar las expectativas de reinserción del delincuente condenado⁸.

Es más, incluso he tenido la suerte de participar en proyectos de investigación realizados en el marco de temáticas de justicia restaurativa, y, también, la oportunidad de publicar algunos estudios en los cuales he apostado por imprimir una nueva mirada de justicia restaurativa a algunos de los instrumentos del derecho penal⁹, cuestiones que, del mismo modo que otros autores, considero que podrían ser especialmente útiles a la hora de mejorar la reparación del daño en el campo del derecho penal empresarial.

De hecho, (y si bien, el desarrollo de esta idea merecería un estudio independiente) en el campo del derecho penal de las empresas, soy de la opinión que sería muy conveniente que nos replanteásemos el modelo normativo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas para que éstas, en el caso de ser condenadas, respondieran con medidas de enfoque restaurativo y no con las penas actualmente previstas en el art 33.7 del CP¹⁰, de cuya severa imposición podría incluso resultar el cierre de la empresa y con ello, indeseables daños colaterales sobre las que se convertirían de forma sobrevenida en las nuevas víctimas del conflicto (me refiero sobre todo a los trabajadores y proveedores de la empresa condenada)¹¹.

Ahora bien, que algunas de las ideas de justicia restaurativa puedan ser oportunas, no justifica que, en su defensa argumentativa, se aproveche para criticar y despreciar sistemáticamente al sistema de la justicia penal liberal (por cierto, mal llamado sistema de justicia penal retributiva¹²), sistema que, obviamente, siempre tendrá

8 Quiero señalar que en este párrafo utilizo la palabra “ayudar” tres veces intencionadamente: en mi tesis, las ideas de justicia restaurativa no inventan nuevos objetivos, lo que hacen es ayudar a mejorar los propósitos y fines ya buscados por la justicia penal tradicional.

9 CARDONA BARBER, A.: “Sistema de consecuencias jurídicas reparadoras en la delincuencia socioeconómica”, en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir) GARCÍA ARÁN, M., Tirant lo Blanch, 2021.

10 Tal y como se dispone en el art. 33.7 del CP, las penas aplicables a las personas jurídicas son las siguientes (a) Multa por cuotas o proporcional. (b) Disolución de la persona jurídica. (c) Suspensión de sus actividades. (d) Clausura de sus locales y establecimientos. (e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. (f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social. (g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario.

11 Sobre este tema, de lectura obligada, ver: NIETO MARTÍN, A.; DE PABLO, A., “Sanciones restaurativas para personas jurídicas”, en, *Justicia Restaurativa Empresarial, Un modelo para armar*, NIETO MARTÍN, A.; CALVO SOLER, R. (Coord.), Madrid, Reus Editorial, 2023, pp. 188 y ss.

12 Sobre este tema, de lectura obligada, ver: NIETO MARTÍN, A.; DE PABLO, A., “Sanciones restaurativas para personas jurídicas”, en, *Justicia Restaurativa Empresarial, Un modelo para armar*, NIETO MARTÍN, A.; CALVO SOLER, R. (Coord.), Madrid, Reus Editorial, 2023, pp. 188 y ss.

oportunidades de mejora, pero que ha servido para que durante las últimas décadas se haya ido edificando una sociedad en la que reina una deseable y envidiable paz social.

Lo que quiero decir aquí es que uno puede valorar positivamente algunas de las ideas o técnicas de justicia restaurativa sin la necesidad de atacar y despreciar injustificadamente al sistema de justicia penal con falsas acusaciones de ser un modelo exclusivamente retribucionista, con una mirada solamente hacia el pasado de las cosas, y, despreocupado por las necesidades de las víctimas del delito¹³.

Es más, entiendo que algunas de las críticas lanzadas contra el derecho penal liberal (también etiquetable alternativamente como sistema penal clásico o tradicional) por parte de algunas de las posiciones más ortodoxas de justicia restaurativa buscan, en el fondo, conseguir una sustitución o superación (o, como mínimo, una transformación radical) del sistema penal vigente que debe ser contestada. Me refiero, muy especialmente (tal y como desarrollaré en el capítulo cuarto de este estudio) al indeseable escenario de una eventual justicia penal de corte privado y, con ello, al abandono (o como mínimo su postergación a un segundo lugar) de la finalidad del derecho penal moderno (a saber: prevención general y prevención especial) por una nueva finalidad: la de la satisfacción de las eventuales expectativas reparadoras de las víctimas del delito.

A mayor abundamiento, opino que en algunas de las propuestas de las corrientes de justicia restaurativa pueden identificarse propuestas o procedimientos que merecen ser discutidos, o, como mínimo, repensados. Me refiero, por ejemplo, a los procedimientos restaurativos en delitos con bienes jurídicos colectivos y/o víctimas difundidas, o, en las posiciones más ortodoxas de justicia restaurativa, el peligro de confundir el medio con el fin, con el riesgo de contaminar el procedimiento judicial penal con posibles intereses espurios de alguno de los actores participantes en el encuentro restaurador, amparándose todo ello en la necesidad de superar una supuesta (y discutible) “instrumentalización” de la víctima del delito.

En definitiva, la contraargumentación de algunas de las críticas lanzadas por parte de algunas posiciones de justicia restaurativa contra el sistema penal liberal, y, la identificación de posibles aspectos de mejora de los sistemas propuestos por parte de las corrientes de justicia restaurativa, son los temas de estudio que intentaré desarrollar en las páginas siguientes.

¹³ De hecho, pocos días antes de empezar a poner por escrito este estudio, tuve la oportunidad de participar como ponente en el Seminario “Impulsemos la justicia restaurativa ambiental en Catalunya: potencialidades y retos”, celebrado en el Síndic de Greuges de Catalunya, donde, nuevamente, volví a escuchar algunas de las críticas contra el sistema penal clásico que, entiendo, merecen ser contestadas.

2. DEL EQUIVOCADO BINOMIO "JUSTICIA RESTAURATIVA" CONTRA "JUSTICIA RETRIBUTIVA"

2.1. Cuestión previa

Si uno estudia la literatura científica en el campo de la justicia restaurativa, o, asiste a Congresos celebrados en el marco de esta temática, observará como de forma habitual, para nombrar y anteponer un sistema frente al otro, se viene utilizando los términos “justicia restaurativa” contra “justicia retributiva”.

Pues bien, no solamente es esta una dicotomía semántica equivocada, sino que, incluso, a mi juicio, se está instrumentalizando este falso binomio para hacer una trampa: ¿quién va a preferir un sistema exclusivamente retributivo frente a otro restaurativo? Ciertamente la utilización del término “justicia retributiva” nos aboca mentalmente a un sistema antiguo que debería ser superado.

Pero, tal y como intentaré explicar a continuación, este binomio (justicia restaurativa contra justicia retributiva) es un binomio equivocado, en esencia: hace muchos años que la justicia penal liberal se justifica en la prevención del delito y no en la retribución del condenado.

A mayor abundamiento, también quiero aprovechar este apartado para contestar otra afirmación vinculada a este punto, lanzada contra el sistema del derecho penal liberal desde posiciones de justicia restaurativa, que, a mi juicio, es incorrecta. Me refiero a la afirmación según la cual la justicia restaurativa tiene la capacidad de mirar hacia el futuro, a diferencia del derecho penal clásico, que solamente tiene una mirada puesta hacia el pasado. Pues bien, no podemos estar de acuerdo con tal afirmación, no, al menos, si conocemos que el sentido del derecho penal actual es mayoritariamente conforme a los postulados de las teorías relativas (o preventivas) de los fines de la pena

2.2. De los fines de la pena

En este sentido, uno de los cambios jurídico-penales de mayor impacto en el moderno derecho penal ha sido, precisamente, el operado a partir de la nueva teorización de las penas admisibles en el Estado social contemporáneo. En este sentido, gracias a los esfuerzos de los pensadores ilustrados del Siglo XIX, las legislaciones decimonónicas superaron el marco penológico bárbarico, característico del *Ancien Régime*, y apostaron por un sistema de Derecho penal ilustrado garantista con los principios de taxatividad, proporcionalidad y humanidad de las penas. En concreto, puede decirse que las ideas de BECCARIA¹⁴ “constituyeron la antesala del derecho penal moderno”¹⁵ y señalaron algunos de los límites que deberían imponerse al poder punitivo Estatal.

¹⁴ En especial las plasmadas en su obra “De los delitos y las penas”, publicada en el año 1764.

¹⁵ BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Prevención y Teoría de la Pena*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1995, p.21.

Es cierto que en la superación del antiguo régimen inicialmente se impusieron las concepciones absolutas retribucionistas, según las cuales, el mal infligido por la pena tenía como sentido la compensación del mal cometido por el delincuente. De este modo, ya fuera en base al imperativo categórico kantiano¹⁶, ya fuera a la luz del sentido de la retribución jurídica hegeliana¹⁷, la pena miraba al pasado, no al futuro: servía para retribuir al autor del delito cometido, siempre de forma proporcional al daño cometido¹⁸.

Pero, después, a través de la finalidad preventiva utilitaria de la misma (en las teorías relativas) se han acogido los sistemas penales cuya finalidad sí que mira hacia el futuro, a través de la prevención del delito (combinado prevención especial y general). Estas teorías preventivas de la pena son en la actualidad absolutamente mayoritarias en la doctrina contemporánea (si bien pudiéndose aceptar el juego de las teorías mixtas, eclécticas o de la unión), según la cual, las penas cuentan con una finalidad utilitaria, de naturaleza preventiva, que justifica su imposición¹⁹.

En definitiva, si el principal objetivo de la justicia participativa es el de mejorar la restauración y/o reparación de las víctimas, el principal objetivo de la justicia penal clásica (o justicia penal liberal) es el de la prevención del delito. En concreto, en el derecho penal contemporáneo, la retribución (esto es, o bien la amenaza de la pena, o bien la efectiva imposición de aquélla) es solamente un instrumento (o medio) para conseguir el principal (que no único) objetivo del sistema penal, a saber: la prevención del delito, ya sea desde la óptica de la prevención general, o, desde la finalidad de la prevención especial.

2.3. De los medios, instrumentos y objetivos del Derecho penal liberal

Pero es que, a mayor abundamiento, el sistema del derecho penal liberal o clásico (insisto, no derecho penal retributivo: no podemos confundir “uno” de los medios que tiene el sistema con los fines de aquél) no solamente tiene por objeto la prevención del delito. Entre otras cuestiones, también busca indemnizar y compensar a las

16 I. KANT: *La metafísica de las costumbres (Metaphysik der Sitten)* 1797, en especial pp.167 y ss, donde el filósofo prusiano justifica su moral retribucionista a partir de su clásico ejemplo de la isla.

17 G. W. F. HEGEL: *Principios de la filosofía del derecho o Derecho natural y ciencia política*, ed. Edhasa, (1821) 2ª edición, 1999, en cuya página 186 se señala que: “el delito debe ser eliminado no como la producción de un perjuicio, sino como lesión del derecho en cuanto derecho”.

18 Con algunas referencias interesantes en DURÁN MIGLIARDI, M., “Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual”, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Nº16, 2011.

19 De todos modos, actualmente se ha encontrado una cierta solución de compromiso en las teorías mixtas, las cuales, si bien consideran que la prevención es la principal finalidad de la pena, aceptan cierto grado de sentido retribucionista como elemento necesario a su justificación. Así ROXIN, C.: “Sentido y límites de la pena estatal” en *Problemas básicos del Derecho Penal*, Ed. Reus, Madrid, 1976; o, también, ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas, 2006, pp. 95 a 104.

víctimas, reparar y restaurar parajes lesionados, decomisar bienes confiscables, etc. Y, en cuanto a los medios para llegar a sus objetivos, obviamente no solamente utiliza la retribución, también posibilita tratamientos terapéuticos para los enfermos mentales, favorece la desintoxicación del delincuente toxicómano, busca la educación de los delincuentes juveniles, etc.

Veamos algunos posibles ejemplos de estas cuestiones:

En cuanto a la reparación de las víctimas o perjudicados por el delito, en el Capítulo I del Título V del Libro I del Código penal se articulan las disposiciones relativas a la responsabilidad civil *ex delicto*, apuntándose en el artículo 110 del Código penal que la responsabilidad civil comprenderá la restitución, la reparación del daño y/o la indemnización de los perjuicios, tanto materiales como morales.

Incluso, en el Capítulo de la responsabilidad civil, se ofrece un instrumento que podría tener un mayor peso en el campo de la reparación del daño. En concreto, me refiero al artículo 112 del Código penal, precepto que permite imponer una obligación de dar, de hacer o de no hacer algo, que, atendiendo a las condiciones personales y patrimoniales del condenado y, a la naturaleza del daño cometido, podría decidirse por parte del Juez que debiera ser realizada directamente por aquél, sin que cupiera la ejecución a su costa. Con ello, en el artículo 112 del Código penal se permite, ni más ni menos, la imposición de un determinado comportamiento restaurativo “personalísimo”, el cual, no podrá ser delegado ni subcontratado, todo lo contrario: deberá ser realizado personal y directamente por el condenado. Una suerte, en definitiva, de sanción reparatoria penal, cuya principal finalidad es la de obligar a restaurar el daño cometido, directa y personalmente, por parte del condenado.

Pues bien, por ejemplo, en el campo de la delincuencia empresarial, esta herramienta reparadora podría cumplir una función restaurativa muy relevante²⁰, ya que, para las grandes empresas que compiten en el mercado, el pago de los perjuicios causados más una multa, en ocasiones, puede representarse como de un “un mal menor” en la autorrepresentación del balance de coste y oportunidades y, por ello, perfectamente asumible y poco amenazador. Y, en cambio, se da la paradoja que, para las pequeñas y medianas empresas, una cuantiosa sanción penal puede incluso determinar el cierre de su actividad (“su muerte empresarial”) generándose con ello una serie de nuevos perjuicios sobrevenidos para los que se convertirían en las nuevas víctimas del conflicto, esto es, sus trabajadores y sus proveedores²¹. Considerando todo lo anterior, en lugar de una elevada pena de multa (u otras de las consecuencias traumáticas previstas en el artículo 33.7 del CP, como por ejemplo la orden de disolución, o el

20 Al respecto GARCÍA ARÁN señala que “es en el ámbito de la delincuencia económica contra intereses colectivos donde este art. 112 CP introduce una versión de la reparación del daño digna de ser tenida en cuenta”: GARCÍA ARÁN, M., “Reparación a la víctima...” *Op.cit.* p. 474.

21 En este contexto, también señala el problema de la víctima colateral NIETO MARTÍN, al referir que: “este tipo de sanciones comportan graves daños colaterales (...)”: NIETO MARTÍN, A., “Empresas, víctimas y sanciones restaurativas...” *Op. cit.* p. 318.

cierre de establecimientos, etc.) el Juez o Tribunal podrían moderar la sanción penal compensándola con la imposición de una reparación personalísima, todo ello a la luz del referido artículo 112 del CP, y así obligar a que una determinada empresa, considerada culpable de un delito, se responsabilizara de una determinada tarea de hacer (i.e: limpiar un monte, recoger y trasladar residuos, recoger basuras, construir o reparar edificios públicos, etc.), poniendo para ello sus instrumentos, instalaciones y mano de obra, parcial y temporalmente, al servicio de la comunidad lesionada por su conducta criminal²².

Asimismo, con el instrumento del decomiso, previsto en el artículo 127 del CP (y siguientes: del instrumento del decomiso tenemos hasta un total de seis tipologías distintas²³), se señala que toda pena que se imponga acarreará la pérdida de los efectos que del delito provengan y de los bienes, medios o instrumentos con los cuales se haya preparado o ejecutado el hecho criminal, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Con ello, con el instrumento del decomiso, cuya naturaleza es distinta al de una pena²⁴, el sistema penal puede tanto neutralizar los instrumentos utilizados para cometer el delito, como desapoderar al delincuente de los beneficios que hubiera obtenido a través de la comisión de aquél, evitándose con ello un indeseable enriquecimiento injusto²⁵.

22 Se dan ejemplos de experiencias de medidas reparadoras similares en: AERTSEN, I., “Restorative justice for victims of corporate violence”, en FORTI, G. (Ed.): *Victims and corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, Milano, Wolters Kluwer, CEDAM, 2018, p. 252.

23 En este contexto, el instrumento del decomiso, en el actual Código penal español, se articulan las siguientes modalidades: 1. “El decomiso ordinario tradicional o directo”, previsto en el artículo 127.1 del CP. 2. “El decomiso en los delitos imprudentes”, previsto en el artículo 127.2 del CP. 3. “El decomiso ampliado”. 4. “El decomiso sin condena”, previsto en el artículo 127 ter del CP. 5. “El decomiso por valor equivalente”, previsto en el artículo 127.3 del CP. 6. “El decomiso contra intereses de terceros”, previsto en el artículo 127 quater del CP.

24 En España, desde el año 1822, este instrumento penal tenía una naturaleza jurídica de pena accesoria al delito cometido (con la salvedad de la legislación penal de 1928, donde se conceptualizaba como una medida de seguridad). Ahora bien, actualmente, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia, tanto en base a una interpretación literal del Título VI del Libro I del Código Penal, como, a la luz de una interpretación sistemática del artículo 127 CP, conciben al decomiso como una consecuencia accesoria del delito. Piénsese que el decomiso no aparece en el listado de penas previsto en el artículo 33 del CP, ni, tampoco, está previsto en el listado de las medidas de seguridad apuntadas en el artículo 96 CP.

25 Cuestión que también puede tener una especial relevancia en la esfera de la delincuencia económica, sector de la criminalidad donde, en ocasiones, ante las importantes cantidades de dinero que están en juego, el catálogo de penas clásicas (prisión o multa) no siempre consigue una intimidación suficiente. En términos similares, por ejemplo, RODRÍGUEZ PUERTA, autora que señala que: “Si lo que motivo el comportamiento delictivo fue la obtención de una ventaja personal o de un beneficio para su empresa, aparejar al hecho delictivo la pérdida de dichas ventajas integra una contra-motivación idónea para esta clase de delincuentes”: RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., “Modelos de prevención y sanción de la delincuencia económica. Perspectiva comparada”, en *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, GARCÍA ARÁN, M. (Dir.) Valencia, Tirant lo blanch, 2014, p. 386 y 387.

A mayor abundamiento, el instrumento del decomiso también podría ser utilizado con una mirada de justicia restaurativa, esencialmente, destinando los bienes decomisados, directa o indirectamente (con el dinero obtenido una vez ejecutados y subastados), a funciones reparadoras del daño cometido por el condenado, práctica que considero especialmente útil en la mejor reparación del daño cometido en tipos penales con bienes jurídicos colectivos²⁶.

En cuanto a promover la restauración de espacios naturales lesionados, por ejemplo, en el artículo 340 del Código penal se señala que, si el culpable de un delito ecológico procede, voluntariamente, a reparar el daño causado, se le impondrá la pena rebajada en un grado. Esta atenuante específica puede fomentar comportamientos reparadores “espontáneos” que favorezcan la pronta reparación del daño ecológico causado. De todos modos, para la aplicación de esta atenuante no solamente debe exigirse que la conducta restaurativa esté específicamente dirigida a reparar el daño ecológico causado, sino que, además, aquélla sea plenamente idónea para ello. Así, las técnicas de reparación empleadas deben ser potencialmente efectivas, lo que comporta, evidentemente, que las tentativas reparadoras inidóneas o espurias no pueden activar la atenuante prevista en el artículo 340 CP.

Ahora bien, en aquellos escenarios donde el autor del delito no procediese voluntariamente a reparar el daño (escenarios por otro lado recurrentes), los órganos judiciales penales también podrían utilizar el artículo 339 del CP, precepto que señala que los jueces o tribunales ordenarán, a cargo del autor del hecho, las medidas que sean necesarias para restaurar el equilibrio ecológico perturbado. Igualmente, en el delito urbanístico se prevé una disposición de naturaleza similar, cuando en el apartado tercero del artículo 319 CP se apunta que: “En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo

26 De hecho, esta idea, sobre la posibilidad de destinar los bienes decomisados (o su valor económico una vez estos realizados) a funciones de reparación y restauración del interés atacado, no es una idea novedosa, no, al menos, en su estructura. Al contrario, actualmente el sistema jurídico español ya acoge un ejemplo concreto y preciso de esta forma de entender los posibles fines de los bienes decomisados, me refiero a los delitos que favorecen el tráfico de drogas. Así, en España existe el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, regulado en la Ley 17/2003, de 29 de mayo, cuyos fines, a tenor de lo dispuesto en el artículo segundo, son, básicamente: 1. Favorecer programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de éstos; 2. Intensificar y mejorar las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos de tráfico de drogas, especialmente sufragando los gastos necesarios para la obtención de pruebas en la investigación de los delitos y los medios materiales para los órganos competentes en la represión; 3. Financiar, en general, la cooperación internacional en la lucha contra el tráfico de estupefacientes. Pues bien, a mi juicio, esta idea, la de destinar los bienes decomisados a posibles funciones restaurativas, debería extenderse como buena práctica de política criminal a todos los ilícitos penales consumados, sobre todo, en aquellos casos donde se tutele un bien jurídico colectivo que importe a un numeroso (y en ocasiones indeterminado) grupo de personas.

caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”²⁷.

Al respecto, en cuanto a su naturaleza, estas medidas no pueden considerarse una pena, ya que: 1) no están incluidas en el listado general de penas previsto en el artículo 33 del Código penal; y, además, 2) a través de una interpretación teleológica puede llegarse a la conclusión que con estas previsiones se busca principalmente la reparación del daño, todo ello en la línea marcada en el artículo 110.2 del Código penal sobre la reparación civil *ex delicto* prevista en la parte general del Código penal²⁸.

En cuanto a la educación de los delincuentes juveniles, cuando el autor del hecho criminal tenga más de catorce años, pero menos de dieciocho, quedará sometido a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuyo espíritu y fundamento es el de la educación de los delincuentes juveniles, no su punición o retribución²⁹.

Finalmente, en cuanto a los tratamientos terapéuticos, o los tratamientos de deshabituación, a la luz de lo dispuesto en el artículo 25.2 de la constitución española³⁰, como es perfectamente conocido, cuando un sujeto penalmente inimputable realice un hecho típico y antijurídico, la justicia penal tradicional prevé la posibilidad de imponer un internamiento psiquiátrico (cuyo objetivo es su sanación), y, cuando el condenado haya realizado el hecho delictivo a causa de su adicción a las drogas, cabe imponer un internamiento en un centro de deshabituación (en ambos casos

27 Como puede observarse, el contenido reparador previsto en los artículos 319 y 339 CP se asemeja a lo dispuesto en el artículo 112 CP (precepto comentado *supra*), pero, con una relevante nota diferencial: la reparación prevista en los artículos 319 y 339 CP tiene un contenido patrimonial intransferible (la reparación del daño debe ser “pagada” por el condenado) pero, no pasa por ser una obligación de hacer “personalísima” (como sí se permite en el artículo 112 CP, con cuyo redactado el juez penal puede imponer obligaciones de hacer, de contenido reparador, que hayan de ser cumplidas directamente por el autor del hecho criminal). De todos modos, en aquellos escenarios donde se consumen ataques contra el medioambiente, la medida prevista en el artículo 339 del Código penal también ayudará a una mejor reparación del daño cometido, propiciando la restauración de los bienes jurídicos medioambientales atacados a costa del patrimonio del condenado. En esta línea, en la Sentencia del Tribunal Supremo 521/2015, de 13 de octubre, se ha señalado que: “Es remedio prioritario la reparación (entendida como restauración o reposición al estado anterior) a costa del infractor. A esa medida se refiere concretamente el artículo 339 CP (tutela reintegradora), acogiendo el más reciente estándar en materia de medio ambiente: *el que contamina, restaura*, que ha desplazado a un segundo plano al clásico *el que contamina paga*”.

28 De todos modos, BAUCCELLS LLADÓS señala que estos preceptos “contienen, en realidad, sanciones reparadoras dirigidas a beneficiar a la colectividad en situaciones en que es difícil identificar perjudicados individuales: BAUCCELLS LLADOS, J., en CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (directores) *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, I., Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 1475.

29 Al respecto, ver: PERIAGO MORANT, J. J., “La justicia restaurativa en el sistema de justicia juvenil español”, en MORENO LARA (dir.), *Aspectos criminológicos para una justicia restaurativa*, Universidad Internacional de Valencia, 2022.

30 Art. 25.2 CE: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. (...)”

ver el artículo 96 del Código penal). Es más, en cuanto al delincuente toxicómano, el legislador favorece esta posibilidad con la previsión de una suspensión de las penas privativas de libertad especial para este tipo de sujetos, apuntándose que el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a las drogas, siempre que se certifique suficientemente, que el condenado se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión (artículo 80.5 del Código penal).

2.4. Recapitulación del capítulo segundo

En definitiva, tal y como ha sido argumentado en los párrafos anteriores, el sistema del derecho penal liberal no puede ser conocido como sistema de justicia penal retributiva, ya que, ni es ese su objetivo (como ya se ha dicho, el principal objetivo del derecho penal es el de la prevención del delito) ni, tampoco, en la retribución se agotan todos los medios o procedimientos que utiliza el derecho penal para intentar alcanzar sus fines.

Es más, incluso, posiciones doctrinales de reconocido prestigio, desde una visión “multidimensional”³¹, vienen proponiendo, desde hace muchos años (a mi juicio, acertadamente), que la reparación sea concebida como uno de los instrumentos penales más que pueden utilizarse (junto al de la retribución, sea con la amenaza, sea con la imposición efectiva de la pena) para alcanzar las legítimas finalidades del Derecho penal.

Así, ROXIN defiende que la reparación del daño derivado del delito cometido por parte del condenado sirve como medio para satisfacer las distintas finalidades del Derecho penal, tanto en cuanto a la prevención especial como en cuanto a la prevención general³². En este sentido, por lo que se refiere a la prevención especial, la obligación de reparar el daño cometido, impuesta por el juez penal, favorece a la resocialización del delincuente, ya que, aquél, a través de la obligación de reparación, podrá tomar mejor conciencia del mal cometido sobre la víctima del delito, valorar las legítimas expectativas de aquélla, y, con todo ello, conocer con mayor intensidad el valor y vigencia de la norma penal quebrantada. Y, obviamente, la reparación del daño cometido es, a su vez, demostración del correcto funcionamiento del sistema de justicia penal, demostración que también favorecerá la finalidad preventivo general del Derecho penal (como mínimo en su carácter positivo o integrador).

Por todo ello, considerando que la finalidad del derecho penal vigente no es en ningún caso el de la retribución, si se quiere utilizar un binomio para identificar

³¹ TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reparació a la víctima en el Dret penal. Estudi i crítica de les noves tendències politico-criminals*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, 1993, p. 105.

³² ROXIN, C., *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, I, Munich, 1992, p. 47.

separadamente los dos sistemas, sería más conveniente y recomendable apostar por los de justicia restaurativa frente a justicia penal liberal, o justicia penal preventiva, o, como mínimo, sistema de justicia penal tradicional o clásica.

3. DE LA FALSA MARGINACIÓN HISTÓRICA DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO

3.1. Cuestión previa

Puede observarse que, a nivel internacional, y dentro de las corrientes de justicia restaurativa, se está imponiendo la idea de que debe mejorarse el papel de las víctimas dentro del procedimiento penal³³.

Posiblemente las primeras alegaciones en este sentido, muy críticas con el sistema penal en general y el papel dado a la víctima en particular, se podrían encontrar en las obras de CHRISTIE³⁴ o de ZEHR³⁵. En concreto, en estas líneas de pensamiento no solamente se señala que la doctrina no se ha interesado suficientemente por las víctimas del delito, las cuales, se han visto históricamente marginadas ante las preocupaciones que sí han despertado los victimarios³⁶ sino que, incluso, se afirma que las necesidades de los perjudicados del delito nunca han sido tenidas en cuenta por parte del legislador, quedando marginadas a cuestiones secundarias dentro del procedimiento penal.

3.2. La víctima en el ordenamiento jurídico penal español

Pues bien, a diferencia de lo referido *supra*, a mi juicio, esta pretendida marginación de la víctima en el proceso penal no se observa actualmente en el sistema español, no, al menos, de forma flagrante.

Para empezar, por ejemplo, podría traerse a colación la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (norma dictada a la luz del Convenio número 116, del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983, sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos),

33 MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, Editorial Reppertor, 2016, p. 49.

34 Por ejemplo: CHRISTIE, N., "Conflicts as Property", en *The British Journal of Criminology*, 1977.

35 Ver, por ejemplo, ZEHR, H., *Changing lenses: a new focus for Crime and Justice*, Scottsdale, PA, Herald Press, 1990; o ZEHR, H., "Retributive Justice, Restorative Justice", en *New Perspectives on Crime and Justice, Occasional paper of the MCC Canada Victim Offenders Ministries Program*, 1985, en cuya página 6 y ss. se señalaba rotundamente que el sistema de justicia criminal no funciona para las víctimas ni se preocupa por sus necesidades.

36 También ver a LEMLEY ELLEN C., "Designing Restorative Justice Policy: An Analytical Perspective", en *Criminal Justice Policy Review, Vol.12, Number 1*, 2001, March, p. 44, donde en concreto se señala que: "Currently, victims and communities play no widespread active role in the justice system".

Ley que regula, por una parte, las ayudas de contenido económico a las víctimas de delitos violentos y, por otra parte, la asistencia a las víctimas de todo tipo de delitos³⁷. Debe destacarse que lo que permite esta Ley es la dotación de ayudas públicas en favor de las víctimas de los delitos violentos (dolosos) y los delitos contra la libertad sexual³⁸, ayudas que, en ningún caso, sustituyen las posibles indemnizaciones *ex delicto* que las víctimas tendrían derecho a reclamar a cargo del victimario.

A mayor abundamiento, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, ofrece a las víctimas de un delito un amplio catálogo de derechos, y en cuyo preámbulo, entre otras cuestiones, podemos leer que la finalidad de esta Ley es la de “ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal”.

Pero, antes incluso de la promulgación de la referida Ley del 2015, el ordenamiento jurídico penal español ya tenía en consideración las necesidades específicas de las víctimas del delito, tanto materiales como procesales.

Así, por ejemplo, en cuanto a la cuestión procesal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española no solamente permitía (y permite) la libre personación de la víctima como parte activa del proceso, sino que, incluso, le confería la posibilidad de pedir penas e indemnizaciones muy superiores a las eventualmente solicitadas por parte del Ministerio Fiscal, lo cual, evidencia que en España los perjudicados y ofendidos pueden participar activamente y con plena autonomía en el procedimiento penal.

Además, más allá de la norma rituarial, la norma sustantiva penal también contenía (y contiene) varios instrumentos que, de forma razonable, buscan favorecer y facilitar la indemnización de las víctimas, y, por ello, no es cierto que el sistema penal se haya “olvidado” sistemáticamente de las necesidades reparadoras de los ofendidos o perjudicados por el delito³⁹.

37 En este sentido, algunas voces también han planteado que, ante los posibles fracasos de la responsabilidad civil *ex delicto*, podría estudiarse la posibilidad de implementar un sistema subsidiario de reparación “público” (dotado de ayudas públicas) en favor de la víctima, en más delitos de los que actualmente ya cuentan con esta posibilidad (esencialmente los delitos violentos y contra la libertad sexual). Así, por ejemplo, ya en 1993, el profesor TAMARIT SUMALLA exponía algunas de las posibilidades de un sistema de reparación pública a las víctimas de los delitos, presente en algunos países anglosajones, sistema justificado en que el Estado social también podría hacerse responsable de los efectos lesivos de aquellos delitos que no hubiese sabido evitar: TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reparación a la víctima...* *Op. cit.* pp. 24 y ss.

38 En concreto, según se dispone en el artículo 1 de la Ley 35/1995, podrán disfrutar de ayudas públicas las víctimas directas e indirectas de los delitos dolosos y violentos, cometidos en España, con el resultado de muerte, o de lesiones corporales graves, o de daños graves en la salud física o mental, así como, las víctimas de violencias sexuales en el sentido de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, incluidas las víctimas de homicidio subsiguiente a un delito contra la libertad sexual.

39 En esta línea, no solamente discutiendo la pretendida mejor atención de la víctima en los sistemas

Por poner algunos ejemplos:

- 1) Por medio del artículo 21.5 CP⁴⁰ se fomenta la reparación del daño causado a la víctima elevándola a la categoría de atenuante de la pena, en la práctica judicial muchas veces considerada como como muy cualificada⁴¹.
- 2) También se anima al delincuente a indemnizar a las víctimas a través de lo dispuesto en el artículo 80 del CP, precepto que permite suspender las penas inferiores a los dos años de prisión si el delincuente primario se ha responsabilizado de pagar la responsabilidad civil del delito cometido.
- 3) También debe recordarse que el artículo 126 del Código penal impone una prelación favorable a los perjudicados del delito, en el sentido de que los pagos realizados por el condenado se destinarán, primero de todo, a reparar el daño y pagar las indemnizaciones de las víctimas del delito⁴².
- 4) También, el artículo 127 octies, tercer apartado, dispone que los bienes decomisados deberán utilizarse para indemnizar a las víctimas, y, solamente si no concurren víctimas pendientes de reparación, podrán destinarse a otros fines.
- 5) Incluso, por medio del artículo 130.5 CP la política criminal ha decidido que, en algunos delitos, el perdón del ofendido excluirá la responsabilidad penal del ofensor, perdón que, normalmente, se conseguirá después de que se hayan visto satisfechas las expectativas económicas de las víctimas.
- 6) A mayor abundamiento, el artículo 72.5 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, señala que “la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales (...)”.

de justicia restaurativa, sino, incluso, tildando de mitos sus principales postulados, ver a KATHLEEN DALY, “Restorative justice, The real story”, en *Punishment & Society*, 2002.

40 Art. 21.5 CP: Son circunstancias atenuantes: “La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”.

41 Sobre la atenuante de reparación del daño, en una óptica de justicia restaurativa empresarial, puede verse a: CUENCA GARCÍA, M. J., “La atenuante de reparación en la delincuencia socioeconómica”, en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) GARCÍA ARÁN, M., Tirant lo Blanch, 2021.

42 Subsidiariamente, los pagos realizados se imputarán en el orden siguiente: 1. A la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa; 2. A las costas del acusador particular o privado cuando se impusiere en la sentencia su pago; 3. A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados; 4. Al pago de la multa.

3.3. Recapitulación del capítulo tercero

En definitiva, en el sistema penal español la víctima no aparece como un sujeto marginado, instrumentalizado y olvidado. Todo lo contrario, tal y como he listado, el ordenamiento jurídico penal sustantivo piensa recurrentemente en sus necesidades y, además, la ley procesal penal vigente le dota de plenos poderes para que participe en la contienda judicial solicitando la pena e indemnizaciones que estime oportunas.

Ahora bien, que las afirmaciones de justicia restaurativa sobre el presunto olvido, o la marginación histórica de las víctimas en el sistema penal tradicional, sean falsas, o, como mínimo, exageradas, no obsta para que, desde una nueva mirada de justicia restaurativa, no se puedan plantear y discutir posibles mejoras en los sistemas de reparación, como, por ejemplo, intentar revisar algunos de los protocolos de actuación, policiales y jurisdiccionales, para mejorar las experiencias que tienen que vivir las personas que denuncian haber sido víctimas de un delito.

De hecho, seguramente aquél profesional de la práctica penal (en especial estoy pensado en abogados penalistas, jueces, fiscales y demás funcionarios de la administración de justicia) que esté leyendo estas páginas, podrá acordarse de algún momento vivido en su trayectoria profesional donde hubiera sido testigo de un trato institucional hacia el/la denunciante de un delito que se hubiera realizado sin la calidez necesaria, o la delicadeza conveniente. Ciertamente, el mejor acompañamiento de la víctima del delito, en todas las fases del procedimiento, debe ser un objetivo a perseguir.

En suma: considero que el papel que actualmente juegan las víctimas del delito en el sistema del derecho penal tradicional es muy relevante y potente, nada que ver con un papel marginado y olvidado; ahora bien, sí que considero que las experiencias que los denunciantes de un delito tienen que vivir durante el periplo penal, pueden (y deben) ser objeto de mejora.

4. EL RIESGO DE LA INDESEABLE “JUSTICA PENAL PRIVADA”

En este sentido, justificándose en la pretendida marginación de la víctima, por parte de algunas corrientes de justicia restaurativa se han propuesto algunos mecanismos reparadores que deben criticarse.

Me refiero, en concreto, al método que defiende que las víctimas deben disponer plenamente del conflicto para, si lo estiman conveniente, llevar a cabo una negociación libre con el victimario, mediante la cual puedan acordarse todo tipo de pactos indemnizatorios a cambio de posibles exoneraciones penales de obligada aceptación por parte de la autoridad judicial. En esta línea de pensamiento crítico, iniciada por CHRISTIE, se sostiene, incluso, que el Estado ha “robado” a las víctimas la

propiedad de su conflicto y se defiende su derecho a reivindicar y solucionar libremente el ataque por ellas sufrido⁴³.

En este sentido, considero que este tipo de “justicia penal privada” no solamente permitiría que los acusados “comprasen” atenuantes, eximentes, o perdones, sino que, incluso, comportaría una obscena desigualdad de trato judicial, entre los pudientes y los desdichados: solamente aquellos individuos con una capacidad económica suficiente podrán permitirse el lujo de pagar y librarse de la acción penal⁴⁴.

Además, estos pactos entre víctimas y victimarios, con capacidad de influencia definitivas sobre la pena, pondrían en serio riesgo la prevención general negativa en aquellos delitos (como los socioeconómicos) donde los autores dispusieran de una capacidad económica suficiente para poder comprarse la libertad. En este contexto, considero que la función intimidatoria de la pena en la delincuencia de cuello blanco no es una función menor, todo lo contrario: la realidad constante de los hechos la revelan como una indudable necesidad social a la cual no podemos renunciar⁴⁵.

Es quizá este lugar donde mejor se manifiesta la idea de que los sistemas de justicia restaurativa y justicia penal liberal o tradicional (insisto, mal llamada “justicia retributiva”) no son ni sistemas incompatibles ni polos opuestos⁴⁶, sino que cada uno de ellos puede tener su espacio y justificación práctica⁴⁷.

Entiéndase que, obviamente, no soy contrario a la posibilidad de acordar algún tipo de pacto procesal entre víctimas y agresores durante la fase de investigación o de enjuiciamiento. Ahora bien, cualquiera que haya tenido la oportunidad de ejercer la abogacía penal, y se haya visto en la tesitura de negociar pactos con alguna de las partes, puede ser consciente que los acuerdos privados, cuando la cuestión todavía está *sub iudice*, contaminan inescindiblemente el proceso penal.

Por ello, considero que los pactos de naturaleza económica alcanzados dentro de los procesos restaurativos de encuentros participativos, con capacidad de influencia

43 CHRISTIE, N., “Conflicts...” Op. cit, 1977.

44 Por ejemplo, ver SOLETO, H/ GRANÉ A., *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Madrid, Dykinson, 2019, p. 530, donde se señala que si la reparación que pudiese dar pie a beneficios penológicos únicamente fuera una cuestión económica se “trasladaría un mensaje de impunidad a aquellas clases sociales más pudientes”.

45 Sobre estas cuestiones, puede leerse el informe., BAUCCELLS LLADÓS, J.; CARDONA BARBER, A.; GUARDIOLA LAGO, M. J.: *La Justicia restaurativa en la prisión: es posible en la delincuencia económica*, Centre de Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, 2020.

46 Incluso, ZEHR, uno de los pensadores más críticos con el sistema penal tradicional, revisa sus posiciones iniciales para acabar aceptando que: “The contrasting models that I outlined there retributive justice vs. restorative justice have been widely adopted in the field. Those charts remain a useful analytical or critical tool, but on the philosophic or theoretical level, I no longer see restoration as the polar opposite of retribution”: ZEHR, H/ GOHAR, A., *The little book of Restorative Justice*, Good Books, 2003, p. 11.

47 Entre otros, sobre la compatibilidad de ambos sistemas, ver DANIELS, G., “Restorative justice: Changing the paradigm” en *Probation Journal, The Journal of Community and Criminal Justice*, 2013, p. 311.

sobre la pena, deberían posibilitarse solamente en aquellos delitos considerados de menor gravedad, especialmente útiles en las fases procesales de la posible “conformidad” de aquellos⁴⁸. En todos los otros casos, mientras el procedimiento penal principal siga *sub iudice*, los fines preventivo-generales y especiales del Derecho penal deben hacer postergar a un segundo plano las eventuales satisfacciones económicas de las víctimas.

Por todo lo anterior, soy de la opinión que los encuentros participativos de justicia restaurativa, sean del tipo que sean, en los delitos graves o muy graves, para evitar la contaminación del procedimiento penal en curso (obviamente identificando y separando conceptualmente estos procedimientos participativos de justicia restaurativa de los posibles intentos indemnizatorios cuyo objetivo sea la búsqueda legítima por parte del acusado de la atenuante de reparación del daño prevista en el artículo 21.5 del CP⁴⁹), idealmente deberían realizarse después de la posible condena⁵⁰, es decir, en la fase de ejecución de la pena⁵¹.

5. EL PELIGRO DE CONFUNDIR EL MEDIO CON EL FIN

5.1. Cuestión previa

Si bien las primeras formulaciones de justicia restaurativa nacieron de fuentes anglosajonas, con apoyos técnicos esencialmente criminológicos, y de marcada tendencia utilitarista, actualmente algunas de las nuevas aportaciones técnico-jurídicas están propiciando una suerte de reformulación o, como mínimo, moderación, de algunas de las políticas inicialmente reclamadas⁵².

48 Al respecto, de CUGAT MAURI podemos leer que: “Está extendida la idea de que los mecanismos de la justicia restaurativa tienen como destinatarios naturales o prioritarios los delitos de menor entidad, pues los de mayor gravedad no podrían prescindir de la implacabilidad de la respuesta penal ordinaria sin debilitar la función preventivo que de ella se espera”: CUGAT MAURI, M., “La conformidad en los delitos socioeconómicos”, en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) GARCÍA ARÁN, M., Tirant lo Blanch, 2021, pp. 315 y 316.

49 Recordemos que para la estimación de la atenuante de la reparación del daño no se precisa de ningún encuentro participativo entre las partes del conflicto, basta con consignar judicialmente, antes de la apertura de la fase del juicio oral, el importe económico de la posible responsabilidad civil “*ex delicto*”.

50 También defiende que los encuentros de justicia restaurativa deberían posibilitarse una vez ya acabado el procedimiento penal principal: SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona, Atelier, 2018, pp. 214 y ss.

51 Lo cual, incluso, podría ser tenido en cuenta por parte de las Juntas de tratamiento penitenciario a la hora de llevar a cabo el juicio de valoración sobre las expectativas de reinserción del condenado y/o la estimación de posibles beneficios penitenciarios peticionados por aquél (i.e: permisos de salida). Al respecto puede leerse a: BAUCÉLLS LLADOS, J., “Posibilidades de la Justicia restaurativa para la delincuencia socioeconómica en la ejecución de la pena”, en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) GARCÍA ARÁN, M., Tirant lo Blanch, 2021.

52 Por ejemplo WALGRAVE, L., “Integrating criminal justice and restorative justice”, en

En esta discusión, sobre si deben flexibilizarse los principios de la justicia restaurativa, entra de lleno la discusión sobre el objeto o finalidad misma de la justicia restaurativa⁵³.

Esto es: ¿el objetivo de la justicia restaurativa es generar procedimientos y encuentros participativos, donde las partes en conflicto, conducidas por un mediador o facilitador⁵⁴, puedan encontrarse, hablar, discutir, negociar, perdonar, y, en último término, reparar el daño? O, ¿puede entenderse que la finalidad de la justicia restaurativa debe ser el de favorecer la mejor reparación (sea del tipo que sea: material, moral, comunitaria, etc) del daño padecido? La cuestión no es baladí. De apostarse por la segunda opción, se validarían nuevas miradas de justicia restaurativa que permitiesen una mejor reparación del daño sin tener que pasar inescindiblemente por un procedimiento participativo. A mi juicio, esta última es la solución correcta.

Ahora bien, en este tema, WALGRAVE señala que en la actualidad claramente existen dos bandos opuestos sobre la posible conceptualización de la justicia restaurativa, aquellos que anteponen el proceso restaurativo frente a aquellos que priman los resultados restaurativos⁵⁵. Así, este autor asegura que la mayoría de los defensores de la justicia restaurativa se juntan en el primer grupo bajo el enunciado de PAUL McCOLD a saber: “The essence of restorative justice is not the end, but the means by which resolution is achieved⁵⁶”.

Con ello, según este primer grupo de pensadores, la esencia de la justicia restaurativa sería nada más y nada menos que el proceso restaurativo, a saber: el intento de juntar a víctimas y victimarios para que éstos pudieran desarrollar un encuentro participativo mediante el cual se intentaran alcanzar acuerdos reparadores.

JOHNSTONE, G., VAN NESS, D. N.: *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, 2007; o, SHAPLAND, J., 2014. También desde una visión muy amplia, MAGLIONE, por ejemplo, considera que la justicia restaurativa refiere a “un campo dinámico de ideas, valores y principios producidos por académicos, defensores y profesionales, desde principios de la década de 1980, sobre por qué y cómo tratar los delitos”: MAGLIONE, G., “The political rationality of restorative justice” en, *Theoretical Criminology*, 2019, p. 547.

53 Al respecto, ampliamente, GUARDIOLA LAGO, M. J., “Fundamentos de la Justicia Restaurativa en la delincuencia socioeconómica”, en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 52 y ss.

54 Sobre el tema de las características de los mediadores o facilitadores puede verse a: GADDI, D, “El papel de la persona encargada de facilitar el proceso restaurativo”, en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) GARCÍA ARÁN, M, Tirant lo Blanch, 2021.

55 WALGRAVE, L., “Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice”, en, *Washington University Journal of Law & Policy*, 2011, p. 95.

56 McCOLD, P., “Paradigm Muddle: The Threat to Restorative Justice Posed by Its Merger whit Community Justice”, en, *Contemporary Justice Review*, Vol 7, 2004, p.13; literalmente: “la esencia de la justicia restaurativa no es el fin, sino el medio por el cual se logra la resolución”.

5.2. Toma de posición

Ahora bien, como he apuntado más arriba, a mi juicio, ni el procedimiento restaurativo puede ser un fin en sí mismo, ni la justicia restaurativa puede reducirse a una mera cuestión procedimental.

En este contexto, piénsese que ningún procedimiento puede valorarse sin antes conocer sus objetivos: los procedimientos sirven de instrumento a determinados resultados, también en la justicia restaurativa. Lo anterior, evidentemente, no significa que cualquier fin justifique cualquier medio, pero, el valor de la justicia restaurativa no se puede encontrar en qué tipo de procedimiento restaurativo vaya a utilizarse, o qué acuerdos reparadores entre víctimas y victimarios vayan a intentarse. El valor de la justicia restaurativa se encuentra en qué resultados reparadores puedan alcanzarse.

También, desde una mirada “maximalista” de la justicia restaurativa, WALGRAVE defiende que el valor de esta nueva mirada de justicia penal no debe buscarse en el tipo de procedimiento utilizado (tradicionalmente encuentros participativos entre víctimas y victimarios), sino, en los objetivos y resultados reparadores concretamente alcanzados⁵⁷.

5.3. Estratificación

Así, en ocasiones, cuando los encuentros participativos no puedan realizarse, ya sea por la falta de voluntad de alguna de las partes, ya sea por la naturaleza compleja de algunos tipos penales con bienes jurídicos colectivos y víctimas difundidas, tema especialmente presente en la mayoría de los delitos socioeconómicos, los fines reparadores de la justicia restaurativa podría buscarse a través del concurso de otros instrumentos restaurativos. De hecho, en este tema, considero que son perfectamente aceptables algunos de los instrumentos sancionadores vigentes si éstos son utilizados con una vocación restaurativa y con fines reparadores.

Por ejemplo, en el campo del *common law*, donde los márgenes dispositivos jurisdiccionales son mucho más generosos que los límites previstos en el sistema del *civil law* (algo que, a mi juicio, no es precisamente una virtud del sistema anglosajón), las experiencias prácticas acumuladas en los últimos años han dado pie a distintas publicaciones que valoran las técnicas restaurativas en casos de delincuencia corporativa con víctimas colectivas. Así, SPALDING, desde una interesante visión de derecho penal internacional, critica que los fondos económicos recibidos por el Estado, tras la condena de una empresa por delitos socioeconómicos transnacionales, no sean destinados a la reparación de los daños soportado por las comunidades

⁵⁷ WALGRAVE, L., “Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice”, en, *Washington University Journal of Law & Policy*, 2011, p. 95.

directamente afectadas por los delitos cometido⁵⁸. O, entre otros, GABBAY, desde una perspectiva de justicia restaurativa, y en el campo de los delitos de cuello blanco, valora la oportunidad de evitar las penas de prisión para favorecer las condenas a trabajos en beneficio de la comunidad⁵⁹.

En la misma línea, es nuestro país, NIETO MARTÍN defiende que en el campo del derecho penal societario deben priorizarse aquellos instrumentos sancionadores que cuenten con algún contenido restaurativo o reparador, postergándose aquellos otros que solamente tengan una mirada retributiva. En este sentido, este autor cita algunas experiencias desarrolladas en otros países, en especial los Estados Unidos, como las condenas a empresas a trabajos en beneficio de la comunidad o las posibles penas pecuniarias en beneficio de la comunidad⁶⁰.

5.4. Excurso y puntualización

De todos modos, más allá de todo lo anterior, en este lugar, y sobre este tema, me gustaría hacer dos puntualizaciones:

La primera es en forma de excurso terminológico sobre la etiqueta “víctimas difundidas” (y no “víctimas difusas”). En este sentido, en la literatura jurídica española, en ocasiones, se encontrará la referencia a las “víctimas difusas” del delito, en vez de a las “víctimas difundidas”, no obstante, posiblemente, ello es producto de una discutible traducción del concepto acuñado en la ciencia jurídica italiana, de las *vittime diffuse*, cuya traducción literal sería la de los “víctimas difundidas”. La diferencia no es meramente formal, así, en lengua española “difuso” es sinónimo de poco concretado o impreciso; en cambio, “difundido” equivale a extendido o generalizado.

La segunda puntualización es que también en los tipos penales socioeconómicos con bienes jurídicos colectivos, o, en los delitos que afecten a un extendido número de víctimas difundidas, pueden llevarse a cabo encuentros de justicia restaurativa. Al respecto, por ejemplo, podríamos destacar la publicación del proyecto de investigación *Victims and Corporations, Legal Challenges and Empirical Findings*⁶¹, en cuyo capítulo noveno AERTSEN, con la ayuda de la figura de la “víctima sustituta” o el “representante de la comunidad”, apuesta por seguir utilizando el recurso de los encuentros participativos en los delitos corporativos causantes de

58 SPALDING, ANDREW, B., “Restorative Justice for Multinational Corporations”, en *Ohio State Law Journal*, 2015, pp. 358 y ss.

59 GABBAY, ZVI. D., “Exploring the Limits of the Restorative Justice Paradigm: Restorative Justice and White-Collar Crime”, en *Cardozo School of Law Journal of Conflict Resolution*, 2012, pp. 421 y ss.

60 NIETO MARTÍN, A., “Empresas, víctimas y sanciones restaurativas...” *Op. cit.*, p. 319 y ss.

61 <https://asgp.unicatt.it/asgp-VictimsCorporations_Ebook_2018.pdf>, enlace donde se da cuenta del resultado del proyecto de investigación “Victims and Corporations. Implementation of Directive 2012/29/EU for Victims of Corporate Crimes and Corporate Violence” dirigido por, entre otros, GABRIO FORTI, y financiado por el programa de la Unión Europea JUST/2014/JACC/AG/VICT/7417 [última consulta 22 de mayo 2024].

daños comunitarios, señalando, específicamente para los delitos ecológicos, que los intervinientes en dichos encuentros deberían ser capaces de superar la visión antropocéntrica del mundo y enfocar el encuentro a la luz de una nueva mirada “ecocéntrica” del bien jurídico lesionado⁶².

También, al respecto de la víctima sustituta o sobre la intervención del representante de la comunidad, pueden destacarse los trabajos de RODRÍGUEZ PUERTA, autora que defiende la necesidad de seguir apostando por los encuentros participativos de justicia restaurativa, también ante la comisión de tipos penales con bienes jurídicos supraindividuales y víctimas colectivas. Para ello, no obstante, la autora advierte que será necesario redefinir el concepto de daño colectivamente padecido y, después, saber seleccionar correctamente a los individuos que vayan a intervenir en los encuentros participativos en nombre o representación de la comunidad afectada por el delito cometido, cuestión capital para que el acuerdo finalmente alcanzado revista suficiente legitimidad ante el grupo social lesionado⁶³.

5.5. Recapitulación del capítulo quinto

Como en este estudio no identifico a los procedimientos participativos como el fin mismo de la justicia restaurativa, en aquellos escenarios en donde los encuentros participativos, ante la oposición de unas de las partes del conflicto (la voluntariedad es uno de los principios básicos en los procedimientos restaurativos) no puedan llevarse a cabo, o, por la naturaleza del tipo penal consumado (quizá tutelar de un bien jurídico colectivo cuya titularidad recaería sobre un numeroso grupo de potenciales víctimas difundidas –como por ejemplo ocurriría en el delito ecológico⁶⁴–), sea de muy difícil consecución práctica, o, incluso, cuyo resultado final fuese un acuerdo reparador carente de la suficiente legitimidad (al haber sido tomado por una parte numéricamente insignificante sobre el total de sujetos que conformarían la comunidad lesionada), el espíritu de las ideas de justicia restaurativa podrían seguir buscándose con la ayuda de otros instrumentos penales ya presentes en el ordenamiento jurídico vigente.

Estoy pensando, por ejemplo, en asignar una mejor utilización (reparadora) al dinero de las penas de multa, en fomentar los trabajos en beneficio de la comunidad como consecuencia prioritaria, y, muy especialmente (tal y como ya se ha apuntado *supra*, en el capítulo segundo de este estudio), en conferir una nueva visión restaurativa

62 AERTSEN, I.: “Restorative justice for victims...” Ob.cit, p. 249

63 RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., “El derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos. Un análisis a partir de algunos delitos económicos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2020; o, también, RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., “Víctimas y daños en los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, en particular en la delincuencia económica”, en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M, Tirant lo Blanch, 2021.

64 CARDONA BARBER, A., *Justicia restaurativa y técnicas de reparación del daño ecológico en el delito medioambiental*, en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 11, 2020.

al instituto del decomiso⁶⁵ y en explorar mejor las potencialidades reparadoras del artículo 112 del CP⁶⁶. En definitiva, entiendo que, con este tipo de medidas, a través de una nueva mirada de justicia restaurativa, se podría coadyuvar a la mejor reparación posible del bien jurídico atacado, y, con ello, colmar el principal objetivo reparador de la justicia restaurativa, sin tener que forzar inescindiblemente algún tipo de encuentro participativo.

6. CONCLUSIONES

Las corrientes de justicia restaurativa nos ofrecen una serie de técnicas e ideas que pueden servir para mejorar el tipo de participación de las víctimas en los procedimientos de resolución de los conflictos penales, incrementar las posibilidades de mejorar la reparación del daño padecido por aquéllas, e, incluso, mejorar las expectativas de reinserción y resocialización del condenado. De hecho, incluso opino que las técnicas de justicia restaurativa encuentran un espacio muy favorable (siempre desde una visión maximalista que supere la idea del procedimiento participativo como único fin de la justicia restaurativa) en el campo del derecho penal de las personas jurídicas y en las vicisitudes del derecho penal juvenil.

Ahora bien, en la defensa de las bondades de las corrientes de justicia restaurativa se han utilizado, en ocasiones, una serie de argumentos críticos contra el sistema del derecho penal liberal que, a mi juicio, son injustificados, o, cuanto menos, exagerados.

Así, de inicio, el binomio utilizado por las corrientes de justicia restaurativa, de anteponer su modelo con el de la “justicia retributiva” debe contestarse: recuérdese, tal y como se ha dicho a lo largo de este estudio, que hace muchos años que el sistema del derecho penal no apuesta por la retribución del delincuente como finalidad de su modelo, sino por la prevención del delito, siendo la retribución (con la amenaza de la pena o la imposición efectiva de la misma) solamente “uno” de los medios utilizados para llegar a tal fin.

65 Sobre este tema: CARDONA BARBER, A., “Comiso restaurativo”, en NIETO MARTÍN, A y CALVO SOLER, R, (coord.) *Justicia restaurativa empresarial, Un modelo para armar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

66 Cuyo literal permite que el juez penal imponga obligaciones personalísimas de reparación del daño cometido, cuestión especialmente relevante, a mi juicio, en el campo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sobre la posible función de justicia restaurativa del art. 112 del CP, ver: CARDONA BARBER, A., “Sistema de consecuencias...” Op.cit, pp. 252 y ss, donde, esencialmente se apunta que, considerando muy especialmente que la pena a trabajos en beneficio de la comunidad no está prevista como consecuencia jurídica posible para las personas jurídicas, debería explorarse el alcance del artículo 112 del Código penal para restaurar los daños cometidos en el campo de la delincuencia empresarial, ya que, con este precepto, se podría imponer sobre la empresa condenada obligaciones de hacer reparadoras que no se pudieran “subcontratar”, las cuales, además, servirían tanto para satisfacer cuestiones vinculadas con la prevención general (a través de la restauración, cuanto menos simbólica, del bien jurídico lesionado), como con la prevención especial (a través de la concienciación de la condenada, al menos intentada, respecto del daño realmente cometido por aquélla).

Además, la referida etiqueta “justicia penal retributiva” esconde una trampa semántica: ¿Qué persona razonable va a preferir un modelo exclusivamente retributivo frente a otro de corte restaurativo? Pues bien, tal y como he intentado explicar en el capítulo primero de este estudio, ni el objetivo del derecho penal es retribuir, ni, tampoco, en la retribución se agotan todos sus medios, a saber, y entre otras: el sistema penal también indemniza a las víctimas, repara el daño, restaura parajes naturales lesionados, decomisa bienes confiscables, piensa en el posible tratamiento de deshabituación de los delincuentes toxicómanos, o en las necesidades específicas de los enfermos mentales autores de hechos delictivos, busca la educación de los delincuentes juveniles, etc. Por todo ello, he defendido que sería más apropiado utilizar el binomio “justicia restaurativa” y “justicia penal liberal” o “justicia penal clásica”, descartándose definitivamente la etiqueta de “justicia penal retributiva”.

En el mismo punto también se ha discutido la afirmación lanzada por algunas corrientes de justicia restaurativa, como crítica del sistema penal liberal, según la cual, éste solo mira al pasado, a diferencia de la justicia restaurativa, que sí tendría la capacidad de mirar hacia el futuro. Pues bien, esta afirmación, tal y como se ha intentado explicar supra, es falsa. Las corrientes de pensamiento filosófico-jurídico imperantes en la actualidad, sobre los fines de la pena, después de la acertada superación de las teorías absolutas, son las de las escuelas relativas o preventivas (o, como mínimo, las líneas que apuestan por las teorías mixtas o eclécticas de los fines de la pena). Con ello, la función de la pena (y por extensión del Derecho penal) es el de la prevención del delito. Así, sin duda, (y a diferencia de lo afirmado por algunas corrientes de justicia restaurativa) con una mirada puesta al futuro, el derecho penal liberal intenta prevenir la comisión de nuevos delitos, ya sea por parte de algún miembro indeterminado de la comunidad (a través de la prevención general) ya sea focalizándose en un sujeto particular, una vez éste hubiese sido condenado (a través de la prevención especial).

Asimismo, desde algunas posiciones de justicia restaurativa también se ha dicho que uno de sus objetivos pasa por mejorar el papel de la víctima del delito en los procedimientos penales, ya que, históricamente, el derecho penal tradicional se había olvidado de aquélla, interesándose únicamente en las necesidades del victimario. Pues bien, tal y como he explicado en este estudio, esta afirmación, o es falsa, o, como mínimo (al menos en cuanto al sistema del derecho penal español) notablemente exagerada. En este sentido, y tal y como ha sido explicado en el capítulo tercero de este estudio, en el derecho penal español sustantivo pueden encontrarse una pluralidad de preceptos que buscan defender los derechos de las víctimas de los delitos, y, además, en el campo del derecho procesal penal, en nuestro sistema, la víctima (en sentido amplio: ofendido y perjudicado) puede personarse y participar activamente en el procedimiento, incluso solicitando penas y/o indemnizaciones mayores que las peticionadas por el Ministerio público.

Igualmente, he aprovechado estas páginas para señalar los que, a mi juicio, son algunos de los aspectos de los procedimientos participativos que, entiendo, merecen

ser objeto de estudio particular. Por ejemplo, he defendido que los procedimientos participativos no pueden ser entendidos como un fin en sí mismos, sino que deben servir como un medio para llegar a un mejor fin ulterior, a saber: la mejor reparación y restauración posible del daño padecido por las víctimas del delito. Igualmente, he apuntado algunas tensiones (y posibles soluciones) que aparecen cuando estos procedimientos participativos se enfrentan a conflictos penales en delitos protectores de bienes jurídicos colectivos y con víctimas difundidas, apostando, en estos escenarios, por la utilización de algunos de los instrumentos penales clásicos, ahora, pero, esgrimidos a la luz de una nueva mirada de justicia restaurativa.

Finalmente, también he intentado explicar, en el capítulo cuarto de este estudio, porque las bondades de las ideas de justicia restaurativa no pueden justificar, en ningún caso, la posibilidad de llegar a permitir un escenario de justicia penal de corte privado. Un tipo de justicia así no solamente sería desigual y obscena, ya que únicamente beneficiaría a las clases económicamente acomodadas, las cuales podrían “comprarse” la libertad pagando la suma que las víctimas de los delitos estimasen adecuadas y suficientes, sino que, además, vendría a comprometer y poner en riesgo el siempre necesario carácter público de la relación jurídico-penal entre el Estado y el criminal, cuestión que aquí aprovecho para reivindicar como una de las conquistas irrenunciables del sistema jurídico-penal liberal.

En esta línea, y a modo de conclusión, quiero apuntar que las corrientes de justicia restaurativa no pueden pretender conseguir un nuevo sistema de resolución de conflictos “alternativo” que pueda “sustituir” a su elección al sistema del derecho penal vigente. Lo que aportan son nuevas ideas, o nuevas miradas, o nuevos enfoques, esencialmente diseñados para mejorar la participación y reparación de las víctimas del delito. Pero, ante las finalidades constitucionales del Derecho penal liberal, las posiciones más ortodoxas de justicia restaurativa deben ponerse de lado, y dejarles paso.

7. BIBLIOGRAFÍA

- AERTSEN, I., “Restorative justice for victims of corporate violence”, en FORTI, G. (Ed.): *Victims and corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, Milano, Wolters Kluwer, CEDAM, 2018.
- BARONA VILAR, G., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- BAUCCELLS LLADOS, J., en CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (directores) *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, I*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- BAUCCELLS LLADÓS, J.; CARDONA BARBER, A.; GUARDIOLA LAGO, M. J., *La Justicia restaurativa en la prisión: es posible en la delincuencia económica*, Centre de Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, 2020.

- BAUCELLS LLADOS, J., “Posibilidades de la Justicia restaurativa para la delincuencia socioeconómica en la ejecución de la pena”, en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M, Tirant lo Blanch, 2021.
- BECCARIA, C., *De los delitos y las penas* (1764), Madrid, Alianza Editorial, 2014.
- BRAITHWAITE, J., *Crime, Shame and Reintegration*, New York, Cambridge University Press, 1989.
- BRAITHWAITE, J., “Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts”, *Crime and Justice: A Review of Research*, Nº 25, Published by: The University of Chicago Press, 1999.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., *Prevención y Teoría de la Pena*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1995.
- CARDONA BARBER, A., Justicia restaurativa y técnicas de reparación del daño ecológico en el delito medioambiental, en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 11, 2020.
- CARDONA BARBER, A., “Sistema de consecuencias jurídicas reparadoras en la delincuencia socioeconómica”, en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M., Tirant lo Blanch, 2021.
- CARDONA BARBER, A., “Comiso restaurativo”, en NIETO MARTÍN, A y CALVO SOLER, R, (coord.) *Justicia restaurativa empresarial, Un modelo para armar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- CHRISTIE, N., “Conflicts as Property”, en *The British Journal of Criminology*, 1977.
- CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M (directores), *Comentarios al Código penal, Parte general*, Barcelona, Marcial Pons, 2011.
- CUENCA GARCÍA, M.J., “La atenuante de reparación en la delincuencia socioeconómica”, en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M, Tirant lo Blanch, 2021.
- CUGAT MAURI, M., “La conformidad en los delitos socioeconómicos”, en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M, Tirant lo Blanch, 2021.
- DANIELS, G., “Restorative justice: Changing the paradigm” en *Probation Journal, The Journal of Community and Criminal Justice*, 2013.
- DURÁN MIGLIARDI, M., “Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual”, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Nº16 (91-113), 2011.
- G. W. F. HEGEL: (1821) *Principios de la filosofía del derecho o Derecho natural y ciencia política*, ed. Edhasa, 2ª edición 1999.

- GABBAY, ZVI. D., “Exploring the Limits of the Restorative Justice Paradigm: Restorative Justice and White-Collar Crime”, en *Cardozo School of Law Journal of Conflict Resolution*, 2012.
- GADDI, D., “Materiales para una conformidad restaurativa”, en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M., Tirant lo Blanch, 2021.
- GADDI, D., “El papel de la persona encargada de facilitar el proceso restaurativo”, en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M., Tirant lo Blanch, 2021.
- GARCÍA ARÁN, M., “Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica”, en *Un Derecho penal comprometido, libro homenaje al Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.
- GARCÍA ARÁN, M., “Instrumentos para la Justicia restaurativa y su aplicación a la delincuencia socioeconómica”, en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M., Tirant lo Blanch, 2021.
- GORDILLO SANTANA, L. F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007.
- GUARDIOLA LAGO, M. J., “Fundamentos de la Justicia Restaurativa en la delincuencia socioeconómica”, en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M., Tirant lo Blanch, 2021.
- I. KANT: (1797) *La metafísica de las costumbres* (Título original: *Metaphysik der Sitten*), Tirant lo Blanch, 2022.
- KATHLEEN DALY., “Restorative justice, The real story”, en *Punishment & Society*,. 2022.
- LEMLEY ELLEN, C., “Designing Restorative Justice Policy: An Analytical Perspective”, en *Criminal Justice Policy Review*, Vol.12, Number 1, March, 2001.
- MAGLIONE, G., “The political rationality of restorative justice” en, *Theoretical Criminology*, 2019.
- McCOLD, P., “Paradigm Muddle: The Threat to Restorative Justice Posed by Its Merger whit Community Justice”, en, *Contemporary Justice Review*, Vol 7, 2004.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, Editorial Reppertor, 2016.
- NIETO MARTÍN, A., “Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿Cómo configurar un sistema de sanciones para personas jurídicas pensando en sus víctimas?”, en HOYOS SANCHO, M. *La víctima del delito y las últimas reformas penales*, Aranzadi, Navarra, 2017.
- NIETO MARTÍN, A.; CALVO SOLER, R. (Coord.), *Justicia Restaurativa Empresarial, Un modelo para armar*, Madrid, Reus Editorial, 2023.

- NIETO MARTÍN, A.; DE PABLO, A., “Sanciones restaurativas para personas jurídicas”, en, NIETO MARTÍN, A.; CALVO SOLER, R. (Coord.) *Justicia Restaurativa Empresarial, Un modelo para armar*, Madrid, Reus Editorial, 2023.
- PERIAGO MORANT, J. J., “La justicia restaurativa en el sistema de justicia juvenil español”, en MORENO LARA (dir.), *Aspectos criminológicos para una justicia restaurativa*, Universidad Internacional de Valencia, 2022.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: (2014) “Modelos de prevención y sanción de la delincuencia económica. Perspectiva comparada”, en *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, GARCÍA ARÁN, M. (Dir.) Valencia, Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., “El derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos. Un análisis a partir de algunos delitos económicos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2020.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., “Víctimas y daños en los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, en particular en la delincuencia económica”, en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M., Tirant lo Blanch, 2021.
- ROXIN, C., “Sentido y límites de la pena estatal” en *Problemas básicos del Derecho Penal*, Madrid, Ed. Reus, 1976.
- ROXIN, C., *Strafrecht-Allgemeiner Teil, I*, Munich, 1992.
- ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas, 2006.
- SHAPLAND, J., “Implications of growth: Challenges for restorative justice”, en *International Review of Victimology*, 2014.
- SOLETO, H, GRANÉ A., *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Madrid, Dykinson, 2019.
- SPALDING, ANDREW, B., “Restorative Justice for Multinational Corporations”, en *Ohio State Law Journal*, 2015.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona, Atelier, 2018.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reparació a la víctima en el Dret penal. Estudi i crítica de les noves tendències politico-criminals*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, 1993.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., “La justicia restaurativa: concepto, principios y marco teórico”, en Tamarit (Coord.) *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada, Comares, 2012.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., “El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, Volumen 1, 139-160, 2013.

- WALGRAVE, L., “Integrating criminal justice and restorative justice”, en JOHNSTONE, G., VAN NESS and VAN NESS, D. (editores): *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, 2007.
- WALGRAVE, L., “Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice”, en, *Washington University Journal of Law & Policy*, 2011.
- ZEHR, H., “Retributive Justice, Restorative Justice”, en *New Perspectives on Crime and Justice, Occasional paper of the MCC Canada Victim Offenders Ministries Program*, 1985.
- ZEHR, H., *Changing lenses: a new focus for Crime and Justice*, Scottsdale, PA, Herald Press, 1990.
- ZEHR, H., GOHAR, A., *The little book of Restorative Justice*, Good Books, 2003.