

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

**TRABAJO FIN DE ESTUDIOS / IKASGAIEN AMAIERAKO LANA.
GRADO EN DERECHO.**

**LA INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y
LA JUSTICIA RESTAURATIVA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LEY
4/2015 DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO.**

Ailén Astrain Lino.

**DIRECTOR / ZUZENDARIA
Maria Soledad Barber Burusco**

**Pamplona / Iruñea
14 de mayo de 2020**

RESUMEN: En este trabajo se analizan desde una perspectiva crítica dos de los artículos de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito que más polémica han arrojado sobre la mesa de debate de los operadores jurídicos, estos son, la intervención de la víctima en la ejecución de la pena –art. 13– y la justicia restaurativa –art.15–. Asimismo, se intenta apreciar la existencia de ciertas novedosas teorías de la pena como nexo común entre la regulación efectuada de ambas cuestiones, así como la conveniencia, o no, de que ambos preceptos queden regulados en un mismo cuerpo legal.

PALABRAS CLAVE: víctima, ejecución de la pena, justicia restaurativa, ánimo vindicativo.

ABSTRACT: In this work, two of the articles of Law 4/2015 of the Statute of the Victim of the Crime that have thrown more controversy on the debate table of the legal operators are analyzed from a critical perspective: the intervention of the victim in the execution of the sentence -art. 13- and restorative justice -art.15-. It also attempts to appreciate the existence of certain novel theories of punishment as a common nexus between the regulation of both issues, as well as the convenience, or not, of both precepts being regulated in the same legal body.

KEY WORDS: victim, execution of the sentence, restorative justice, vindictive spirit.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS:

AP: Administración Penitenciaria.
Art.: Artículo.
Arts.: Artículos.
CE: Constitución Española.
CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.
CP: Código Penal.
DM 2001: Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo.
JVP: Juez de Vigilancia Penitenciaria.
LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LEVD: Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito.
LOGP: Ley Orgánica General Penitenciaria.
LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.
MF: Ministerio Fiscal.
RP: Reglamento Penitenciario de 1996.
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos.
STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
TC: Tribunal Constitucional.
TS: Tribunal Supremo.

ÍNDICE:

I.	INTRODUCCIÓN:	5
	1. La Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito.	5
	2. Contexto sociopolítico y razones que llevan a su regulación.	10
	3. Acogida de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito.	13
II.	LA INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA (ART. 13 DE LA LEY 4/2015 DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO):	16
	1. La regulación legal.	16
	2. Razones que dan lugar a que haya sido regulado de tal modo:	19
	<i>2.1 La presión mediática.</i>	19
	<i>2.2 Los grupos de presión o lobbies.</i>	21

2.3 <i>El surgimiento de la venganza como fin en sí mismo de la pena.</i>	24
3. Aspectos positivos y negativos de su regulación.	25
4. Propuesta de cambio.	40
III. LA JUSTICIA RESTAURATIVA (ART. 15 DE LA LEY 4/2015 DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO):	41
1. Modelo elegido por el legislador español frente a la posición que adopta la Directiva europea.	41
2. Efectividad real del precepto.	44
3. ¿Es necesario un nuevo enfoque del Derecho penal?	49
IV. CONCLUSIONES:	55
1. Conveniencia, o no, de regular ambas cuestiones en un mismo cuerpo legal.	55
2. Aspectos positivos y negativos de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito.	58
V. BIBLIOGRAFÍA	60
VI. JURISPRUDENCIA	63

I. INTRODUCCIÓN.

En primer lugar y antes de comenzar, me gustaría señalar que para la realización de mi trabajo fin de grado he decidido centrarme en dos concretos artículos de la LEVD, por ser que afectan de un modo novedoso y polémico a la parte ofendida por el delito. Estos son, por un lado, el art. 13, que trata la intervención de la víctima en la ejecución de la pena y, por otro lado, el art. 15, que regula los sistemas de justicia restaurativa. En este trabajo además del correspondiente análisis y desarrollo de los mismos, para finalizar también se tratará su conveniencia o no de que se encuentren regulados en un mismo cuerpo legal.

Para comenzar con el análisis de los arts. 13 y 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito –que son el principal objeto de estudio de este trabajo– es necesario, primero, hacer una breve referencia a una serie de cuestiones que, conforme avancemos, iremos a su vez ahondando en ellas, como son: el conjunto del texto legal en sí; el contexto sociopolítico en el que nació el mismo; las razones que llevaron al legislador español a regularlo; y la acogida que ha tenido éste en la sociedad y, más concretamente, entre los operadores jurídicos.

1. La Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito.

La LEVD es un texto legal que se encarga de recoger y aglutinar los derechos de las víctimas de los delitos, tal y como se deriva de la palabra “estatuto” de su título, y del preámbulo de la misma “...aglutinará en un solo texto legislativo el catálogo de derechos de la víctima...”, “El presente Estatuto de la Víctima del Delito tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delito...” para evitar así, la dispersión normativa y la desatención de la víctima que, en principio, existía en el Ordenamiento Jurídico español hasta entonces.

Continuamos centrándonos en el preámbulo de la ley, para hacer referencia ahora a la finalidad 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.” Como se desprende de estas líneas, la finalidad se contempla desde una perspectiva doble: jurídica y social, llegando incluso a hacer referencia a la dimensión moral. Con esto se demuestra que la LEVD quiere ir más allá de las tradicionales herramientas que el sistema procesal penal brinda. Es decir, si simplemente realizamos un examen superfluo de este cuerpo legal, podríamos decir que tiene un ánimo proteccionista extensivo de cara a las víctimas, queriendo proteger a las mismas no solo con las posibilidades que ofrece un proceso judicial, sino también desde un punto temporal previo y posterior al mismo. Y no solo con mecanismos jurídicos sino también sociales, debiendo intervenir así no solo profesionales del derecho, sino también del sector social, como trabajadores sociales, y sanitario, como un equipo de psicólogos que acompañen a la víctima durante todo el proceso, consiguiendo así también, el objetivo de evitar la victimización secundaria, que se produce en numerosas ocasiones por parte del propio sistema judicial, al que se le encomienda la imposición de una pena al victimario que tiene como objeto – entre otros muchos fines que actualmente siguen estando en primera línea de debate – la protección del sujeto pasivo del delito (con la prevención general negativa – respecto de potenciales infractores de la norma – y con la prevención especial – respecto de la personalidad concreta del infractor –)¹. Sin embargo, al terminar de leer este trabajo veremos cómo esa primera impresión no es sino, en gran parte, un engaño a quien no lo examina más de cerca y con más atención.

Volviendo a hacer referencia a la dimensión moral que proclama la LEVD en diferentes ocasiones, llama en especial la atención la siguiente alusión contenida también en el preámbulo: “En este punto, el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos.” Esta afirmación desvela un claro ejemplo de los sesgos morales que se presentan en esta ley, afirmando en este caso la superioridad moral de la víctima sobre el infractor², siendo cuando menos improcedente, sino también inconstitucional respecto a la igualdad que nuestra CE proclama en su art. 14, que una enunciación así se contenga en un texto

¹ NISTAL BURÓN, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Núm. 26, 2012, pág. 120.

² FRANCÉS LECUMBERRI, *RECPC*, Núm. 3, 2018, pág. 16.

legal que queda insertado en el Derecho penal, donde se deben respetar siempre, tanto los derechos de los ofendidos por el delito, como los del victimario.

En lo poco que llevamos hemos hecho ya varias veces referencia al término “víctima”, y no por capricho, sino porque es este el concepto que más utiliza la LEVD, además de tenerlo incorporado en su propio título. Por tanto, es necesario que en esta introducción hagamos referencia a ese término, para delimitar claramente cuál es el alcance que le otorga este cuerpo legal y si quedan englobadas en él todas las personas que son merecedoras de estarlo.

En palabras de FERNÁNDEZ-GALLARDO³ la LEVD recoge un concepto unitario de víctima del delito (art. 2), más allá de su consideración procesal puesto que comprende a toda persona física, con independencia del delito cuyas consecuencias haya sufrido, y cualquiera que sea el perjuicio físico, material e incluso moral que se haya desprendido del mismo – lo que pone de relieve su dimensión extraprocesal –. Este concepto omnicomprendivo abarca también a la víctima indirecta, en caso de muerte o desaparición de una persona, y deja ver que el término “víctima” engloba dos subtipos, a saber, directa e indirecta.

La correcta delimitación de este concepto es de vital importancia, puesto que de ello dependerá la identificación de los beneficiarios de los derechos previstos en la norma. Esta terminología ha sido también incluida por la LEVD en la LECrim a través de las modificaciones que realizan las disposiciones finales de aquella. Sin embargo, la utilización de ese concepto por algunos artículos de la LECrim se hace de modo paralelo al de “perjudicado” u “ofendido” sin delimitarse ambas figuras. Esta falta de precisión es la que hace que no solo se discuta quién puede ser víctima, sino que también produzca una falta de consenso en cuanto a si se puede utilizar un concepto unitario, conduciéndonos así, a la necesidad de dar una interpretación restrictiva, al concepto en cuestión, del siguiente modo. Participamos de la idea de que para reivindicar el carácter de víctima se necesita algo más que una mera percepción subjetiva –como puede ser la simple conciencia de victimización o la experiencia psicológica de injusticia– no

³ FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ-GALLARDO, *RDP* Proc, Núm. 40, 2015, pág. 54-60.

puediendo derivarse la obligación de indemnizar del solo impacto emocional ocasionado por el delito. La victimidad ha de entenderse como una condición objetiva, originada por un padecimiento ligado de forma directa a un hecho punible. Es por ello que, en nuestra legislación, el concepto de víctima se utiliza en conjunción con los de ofendido, agraviado y perjudicado, sin hacer distinción semántica entre ellos. Debemos señalar en este punto que, sin embargo, esta visualización no se comparte por toda la doctrina, ya que hay quienes afirman que, la limitación de la víctima indirecta, deja fuera al concepto de “perjudicados”, que tampoco puede ser incluido en el subtipo de víctimas directas⁴.

Dejando esta última apreciación de lado y continuando con la tesis que compartimos, debemos señalar que la clasificación de víctimas directas e indirectas, deja a su suerte a un importante grupo de perjudicados por los delitos de violencia de género o violencia doméstica, como son los hijos menores de edad de las víctimas que de éstos se derivan. En el subgrupo de indirectas, como ya hemos comentado, no los vamos a poder incluir a menos que el delito haya producido “...la muerte o desaparición...causada directamente por un delito” y en el de directas, no se incluyen de modo expreso al seguirse el criterio de la LO 1/2004 –pensando que una adecuada intervención sobre la mujer va a repercutir directamente en el menor no necesitando éste recibir, de manera individual, atención alguna–. Sin embargo, que un cambio positivo en la madre conlleve a su vez una mejora en el menor, no significa que éstos no necesiten también una intervención específica como víctimas directas de la violencia de género, la cual han presenciado en primer plano en sus hogares.

Pasando ahora a analizar la principal carencia del grupo de víctimas indirectas, pensamos que tal categoría podría haber sido más amplia, siguiendo el patrón de Naciones Unidas acogido con acierto por el art. 59 del Anteproyecto de Código Procesal Penal y por el art. 2.2.a) del Decreto 375/20011, de 30 de diciembre, que regula el Servicio de Asistencia a Víctimas de Andalucía. Esto es, incluyéndose en dicha categoría no solo a los familiares o personas a cargo de la víctima directa, sino también a aquellas personas

⁴ GARCÍA RODRÍGUEZ, *RDPP*, Núm. 38, 2015, pág. 28.

que pudieran haber sufrido cualquier tipo de daños al intervenir para auxiliarla o tratar de evitar el delito⁵.

En lo referente a los terceros, la LEVD los excluye expresamente del ámbito subjetivo al indicar que “Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito.” El término no parece ser muy afortunado ya que ha dado pie a interpretaciones abusivas pese a que debe ser interpretado de forma restrictiva. Probablemente, el objetivo del legislador era hacer ver que puede haber perjudicados por el delito que, sin embargo, no sean ofendidos por el mismo y sean, por tanto, ajenos al delito como tal. Es por ello que, para ser correctos a la hora de determinar quién es un tercero a efectos de la presente ley, debemos atenernos a dos características. La primera, en sentido positivo, siendo tercero aquella persona que sufre un perjuicio como consecuencia directa del hecho delictivo, y la segunda, en sentido negativo, siendo tercero quien es perjudicado por el delito, pero no ofendido por el mismo ni tampoco familiar de éste. De esta definición se desprende que el concepto de víctima no puede ser utilizado para legitimar a aquellos que poseen una acción de repetición o que se encuentran vinculados al perjudicado por una relación contractual que se ha visto afectada por el suceso.

Para finalizar, haremos una breve referencia a la estructura con la que cuenta la LEVD. Comienza con el preámbulo que ya hemos comentado al inicio para continuar con un título preliminar que dedica a las disposiciones generales –donde se encuentra regulado el ámbito subjetivo que acabamos de analizar–. Prosigue con cuatro títulos, de los cuales, tres, desarrollan los derechos que se reconocen a las víctimas. Derechos que, de la mano de GARCÍA RODRÍGUEZ⁶, pueden ser clasificados como sigue: derechos de información (donde destacan los arts. 4 y 5); derechos de participación en el proceso penal (Título II) donde se introducen varias novedades entre las que destaca el contenido del art. 13, que será objeto de desarrollo en el presente trabajo; derechos de reparación e indemnización, donde se encuentra la justicia restaurativa (art. 15), que también desarrollaremos *a posteriori*; y, por último, los derechos de protección (Título III). En siguiente lugar, el Título IV se refiere a las disposiciones comunes, donde, en sus cuatro

⁵ GARCÍA RODRÍGUEZ, *RDPP*, Núm. 38, 2015, pág. 28 y 29.

⁶ GARCÍA RODRÍGUEZ, *RDPP*, Núm. 38, 2015, pág. 29-51.

capítulos, podemos encontrar la regulación relativa a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, la formación, la cooperación y buenas prácticas, y la obligación de reembolso. La estructura de la ley cierra con dos disposiciones adicionales, una disposición transitoria única y otra derogatoria, y, en último lugar, seis disposiciones finales.

2. Contexto sociopolítico y razones que llevan a la regulación de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito.

Tras haber realizado un análisis de lo que, a nuestros ojos, es fundamental conocer de la LEVD para así, poder posteriormente, comprender mejor las cuestiones que aquí compete que sean examinadas con mayor profundidad (arts. 13 y 15 LEVD), pasamos a analizar el porqué del alumbramiento de este cuerpo legal. Veremos en primer lugar cuál ha sido el factor determinante que ha dado lugar a esta ley y, a continuación, examinaremos las razones que han llevado al legislador español a realizar dicha regulación de un modo tan, cuanto menos, novedoso.

Comenzando, así pues, con el factor clave, debemos señalar que éste es una norma europea, más concretamente, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012⁷ por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Esta última, fue el culmen de los esfuerzos dirigidos a configurar un estatuto jurídico de las víctimas de delitos, directamente promovidos por la aprobación, en 1997, del Tratado de Ámsterdam, el cual tuvo una incidencia decisiva en la visibilización de la problemática de las víctimas en el seno del debate político europeo. Sin embargo, tras once años desde la aprobación de la referida DM 2001, su grado de implantación por parte de los Estados miembros era notablemente deficiente, hasta el punto de que ninguno había ejecutado plenamente las disposiciones de la misma. Se identificaron como factores que habían contribuido a la ineficacia de la norma: su redacción ambigua, la falta de obligaciones concretas y la imposibilidad de incoar procedimientos de infracción contra los Estados miembros. Todo ello condujo a la Comisión a presentar propuestas para, definitivamente, asegurar un nivel de derecho mínimos para las víctimas, independientemente de su nacionalidad o país de residencia.

⁷ «DOUE» núm. 315, de 14 de noviembre de 2012, páginas 57 a 73.

Fue con ese objetivo con el que nació la Directiva –que como sabemos, se caracteriza por tener un efecto directo vertical sobre los Estados miembros, impidiendo así que, esta vez, éstos puedan eludir su deber y responsabilidad en la materia–⁸.

Por lo tanto, vemos que fue esta Directiva 2012/29/UE el motor que provocó el arranque del procedimiento de regulación de la actual LEVD. No obstante, al ser la Directiva una norma de mínimos, el legislador español ha decidido dar un paso más –sino dos o tres– respecto de ciertas obligaciones que se derivan de la Directiva, mientras que, otras, quedan reguladas con menos empeño del que deberían. Pero, ¿en qué medida ocurre esto y por qué razón?, a ello es a lo que vamos a dar respuesta a continuación.

Para dar contestación a la primera parte de la pregunta y refiriéndonos, en primer lugar, al paso de más que ha dado el legislador, seguiremos la argumentación labrada por ARANGÜENA FANEGO⁹. Cuando se hace referencia al modo generoso en que se traspuso la Directiva se hace referencia, principalmente, en lo que a la participación de la víctima en la fase de ejecución penal se refiere, en vista de lo que se indica en el art. 13 LEVD. Y es que, en realidad, la Directiva nada dice en cuanto a este particular, ya que ni si quiera obligaba a los Estados miembros a garantizar a las víctimas un trato equivalente al de las partes del proceso (Considerando 20), limitándose a reconocer en su art. 10 el derecho de participación de la víctima en el proceso penal. Más aún, dicha participación solamente se circunscribía a que las mismas fuesen escuchadas durante las actuaciones y pudieran asimismo facilitar medios de prueba. El Documento-Guía relativo a la trasposición e implementación de la Directiva clarifica más aún, si cabe, el asunto, al aclarar de modo expreso que no se introduce el derecho de las víctimas a presentar un recurso frente a la decisión de poner en libertad al infractor, ni tampoco a ser oídas por la autoridad competente en el procedimiento para acordar tal liberación. Queda plasmado, por tanto, que el legislador ha dado un paso de gigante al elaborar el precepto en cuestión de la LEVD, rebasando ampliamente los requerimientos básicos de la norma europea.

⁸ PÉREZ RIVAS, (2014) <http://revistas.usc.es/boletincede>

⁹ ARANGÜENA FANEGO, en: de Hoyos Sancho (Dir.), *La víctima del delito*, 2017, págs. 201-207.

Si nos enfocamos ahora en la segunda parte de la pregunta –en las razones– en rasgos generales –ya que el desarrollo tendrá lugar en el correspondiente apartado– diremos que, sin lugar a dudas, se ha tratado de una opción de política legislativa en favor de las víctimas, para incrementar su confianza en la justicia penal, y para satisfacer las demandas de las asociaciones de víctimas y/o determinados colectivos especialmente críticos y reivindicativos –que forman parte de los llamados *lobbies* –.

Volvemos a responder a la pregunta pero, esta vez, no desde el punto de vista del exceso de la LEVD, sino de su falta o escasez de regulación de ciertos ámbitos o aspectos en los que la Directiva es más ambiciosa. Lo es respecto de la justicia restaurativa (art. 15 LEVD) dado que la Directiva, en su art. 12, lo prevé de un modo más amplio y desarrollado, adoptando una actitud abierta ante la diversidad de prácticas restaurativas conocidas, mientras que, la norma de transposición, apuesta todos los esfuerzos a un único tipo de práctica, el de la mediación. Otro aspecto que deja entrever la brecha que ha quedado abierta entre la norma europea y la nacional respecto de esta cuestión, es la referente a la falta de exclusión de los procesos restaurativos en supuestos concretos – como los delitos de mayor gravedad o en determinadas tipologías delictivas, como la violencia de género o la delincuencia sexual– por parte de la primera frente a la opuesta inclusión de aquéllas por parte de la segunda¹⁰. Podríamos seguir citando otras cuestiones referentes a este ámbito que, sin embargo, es preferible hacerlo en su correspondiente apartado, así como las razones que han llevado al legislador español a tomarse muy al pie de la letra, la característica que identifica a las directivas europeas como normas de mínimos.

Los motivos más genéricos que han ocasionado que la LEVD haya sido alumbrada de este concreto modo, los dejamos para su desarrollo cuando hablemos de los dos artículos de la norma que más se han visto influenciados por los mismos (art. 13 y 15), siendo ahora lo pertinente únicamente apuntarlos como sigue: presión mediática, social y

¹⁰ TAMARIT SUMALLA, en: Tamarit Sumalla/Villacampa Estiarte/Serrano Masip (coords.), *El estatuto de las víctimas*. 2015, pág. 305-313.

de determinados *lobbies*; así como un cambio en la mentalidad penal y en las teorías de la pena.

3. Acogida de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del Delito.

Para concluir con esta introducción es conveniente hacer referencia –a grandes rasgos– a la acogida que ha tenido esta ley, tanto entre la sociedad como entre la doctrina y los operadores jurídicos.

En cuanto a la sociedad, se ha de señalar que lo que aquí se diga se desprende del hecho de que haya sido la propia sociedad quien, en parte, haya producido que la regulación de la LEVD se haya dado del modo antes descrito. Por ello, cabe afirmar que resultaría lógico que, en especial, de aquel sector de la población que pueda calificarse como víctima de algún delito de los contemplados en nuestro CP, o que no pudiéndolo hacer de forma directa, sí pueda de forma indirecta –tal y como lo hace la LEVD– se desprenda una calificación positiva respecto de dicho cuerpo legal. Más aún –y sin entrar en el campo de la política, el cual no nos corresponde– podría decirse lo mismo incluso de aquellas personas –refiriéndonos siempre, claro está, a las que se encuentran alejadas del conocimiento del derecho– que no estén o hayan estado nunca relacionadas ni directa, ni indirectamente, con el concepto de víctima en su más amplia forma de entenderse. Esto podría ser así porque, en la sociedad de hoy en día, existe una tendencia a identificarse más fácilmente como víctima que como infractor y, consecuentemente, esto nos acerca más a las víctimas y, por el contrario, nos aleja más del victimario, desprendiéndose, por tanto, de esta teoría¹¹, la aprobación e incluso el aplauso de esta nueva norma, como una respuesta natural de la sociedad. Por supuesto, de esta idea no ha de colegirse que no existan opiniones dispares dentro de nuestra sociedad pero, sí que puede afirmarse que, la opinión mayoritaria que se tiene de la LEVD –respecto de lo poco que se conoce, también ha de decirse– es positiva.

Por el contrario, si hablamos ahora de la acogida que ha tenido entre el amplio grupo calificado como doctrinarios y operadores jurídicos, veremos que, la disparidad de

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 2006, pág. 46-57.

opiniones, queda aquí, mucho más patente. Opiniones que circunscribiremos, para no hacerlo farragoso en exceso, al objeto principal de este trabajo; el análisis de los arts. 13 y 15 LEVD.

Empecemos, pues, con el informe de la Fiscalía General del Estado sobre el Anteproyecto de la LEVD. En el mismo se dice, en cuanto al art. 13, que las previsiones de dicho precepto “merecen una favorable acogida”, si bien es cierto, que con varias puntualizaciones al respecto. De entre ellas, la más importante –a nuestro parecer– es aquella que indica que debiera haberse justificado más la participación de la víctima en la fase de ejecución de la pena, teniendo en cuenta los fines de la misma, en especial la interpretación de la resocialización. Sin embargo, llama la atención que, unas pocas líneas después, establezca que, la finalidad prevencionista o retributiva de las penas privativas de libertad, justifican la intervención de la víctima en esta fase del proceso penal. En lo referente a los servicios de justicia restaurativa, se dice que, en el Anteproyecto, se recogen condiciones más estrictas que en la Directiva en cuanto al primer requisito exigido por el art. 15.1.a) para poder acceder a los servicios, proponiéndose que se mantenga el texto literal que consta en la norma europea. Finalmente, se expresa la carencia de una enunciación de los supuestos en los que cabría tal mediación y de los efectos que la misma produciría.

En segundo lugar, si ponemos la mirada en el CGPJ veremos que, incluso aquí, la opinión unánime brilla por su ausencia, puesto que, del voto mayoritario, se desgaja uno particular. Tras la lectura del primero, la idea general con la que nos quedamos es que dan su visto bueno al Anteproyecto mas con ciertas críticas a la participación de la víctima en la ejecución. A modo de ejemplo, afirma que no resulta cuestionable hoy en día que haya de permitírsele a la víctima la intervención en la ejecución, pero aclara que “solo respecto de los pronunciamientos de la sentencia que les afecten” así como que “su actuación debe encauzarse a través de su personación como parte, con abogado y procurador que le asistan”. Más aún, enuncia que “desde este planteamiento, la regulación del Anteproyecto objeto de informe no parece afortunada” dado que, de la desestimación de sus pretensiones por no estar bien articuladas, podría producirse una victimización secundaria. Del voto particular formulado por dos vocales y al que se adhirieron otros cinco más, se desprende la clara oposición al planteamiento dado por el Anteproyecto en

el art. 13, al cual se refieren como desafortunado y oponen una serie de razones contra su regulación. Razones estas que utilizaremos y desarrollaremos en el epígrafe dedicado a dicho precepto.

Continuamos, ahora, con el dictamen del Consejo de Estado en la mano, del que se desprende –esta vez sí– por unanimidad, la siguiente valoración; tocante a la participación de la víctima en la ejecución, a modo de conclusión considera que “resulta cuestionable la procedencia de articular una participación directa de la víctima en la fase de ejecución de la condena” y que “debería replantearse esta opción”. Asimismo, establece que “de mantenerse esta regulación, la citada posibilidad de intervención...debería quedar limitada a aquéllas que se hayan personado en el proceso”. Por lo que concierne al art. 15, apunta que, pese a quedar detallados los requisitos que han de concurrir para acceder a los servicios de justicia restaurativa, “no contiene regulación alguna sobre el servicio en sí ni sobre el funcionamiento y desarrollo de la mediación” y que la remisión de estos aspectos a una futura norma reglamentaria –como indica el Anteproyecto– “resulta insuficiente e incluso incorrecta”.

Por último, es necesario tener también presentes las declaraciones que hacen los fiscales y jueces de vigilancia penitenciaria – ya que, como acertadamente puntualiza el Consejo de Estado, “sorprende que en la tramitación del Anteproyecto no se haya oído a la administración penitenciaria”, mientras que sí –y esto lo añadimos nosotros– a la Fundación Víctimas del Terrorismo –, sin embargo, por el elevado grado técnico de las mismas, creemos conveniente postergar su análisis al momento en el que, el lector, se halle sumido de lleno en el meollo del asunto, habiendo sido ya analizadas, previamente, otras cuestiones que le permitirán un mayor grado de entendimiento.

Una vez realizado este recorrido, y aun viendo que no todas las opiniones convergen, lo que sí queda en claro son dos cuestiones; la primera, que el surgimiento de la LEVD ha provocado un gran revuelo –puesto que no solo las personas pertenecientes a estos órganos han formado parte de esta agitación, sino que también lo han hecho diferentes particulares, pasando por profesores de distintas universidades, catedráticos, criminólogos, victimólogos y un largo etcétera– y la segunda, que incluso quienes más simpatizan con esta regulación, le encuentran varios fallos o cabos sueltos de gran calado.

II. LA INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA (ART. 13 DE LA LEY 4/2015 DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO).

1. La regulación legal.

Tras habernos introducido en este trabajo, vamos ahora a profundizar, con este epígrafe, en todo lo referente a la intervención de la víctima en la ejecución de la pena, es decir, por tanto, en el art. 13 LEVD. Para poder llevar a cabo nuestro análisis con éxito, examinaremos, en primer lugar, qué es lo expresa este precepto, sin otra intención que poder comprender su contenido para así, posteriormente, poder acometer con los objetivos que encarnan los demás apartados.

Resulta, sin embargo, interesante, fijarnos previamente en el nombre que le asigna la LEVD a su art.13 – “Participación de la víctima en la ejecución” – para sembrar la duda siguiente; ¿puede entenderse la ejecución de la pena como una fase del proceso penal? ¿o, por el contrario, se ha de entender que el proceso penal termina con la sentencia firme?, puesto que, en base a cuál fuese la respuesta, estaríamos hablando de la intervención de la víctima en otra fase más del proceso penal, como lo puede ser en el juicio oral, o de su intervención fuera de todo proceso penal, la trascendencia de esta respuesta no sería nimia en tanto que, de ello, dependería que la víctima estuviese, o no, legitimada para intervenir, en base a la regulación que, hasta el surgimiento de la LEVD, existía. Esto que hemos nosotros aquí planteado, no aparece, por el momento, ni planteado ni resuelto en nuestro ordenamiento –¿podría decirse que existe, incluso, un vacío normativo al respecto?– y mientras tanto, es una cuestión que está siendo interpretada o utilizada indistintamente. Por ejemplo, cuando anteriormente hemos hecho referencia al informe de la Fiscalía General, ésta en un momento dado se refiere a la ejecución de la pena como una fase del proceso penal – “todas estas previsiones merecen...en la *fase de la ejecución de la pena*...lo que justifica la intervención de la víctima en esta *fase del proceso penal*” – mientras que, MANZANARES SAMANIEGO, J.L. afirma que la participación de la víctima en la ejecución ya no pertenece al proceso penal propiamente dicho, *sino a la ejecución y cumplimiento de la pena*. Concluye, también, que el contenido

del art. 13 “se trata de materia ajena a una directiva que se ocupa del proceso penal y no de la ejecución o cumplimiento de las penas”¹².

Volviendo a lo que aquí nos atañe, empezaremos observando que el art. 13 confiere a la víctima del delito la facultad de recurrir, de acuerdo con lo establecido en la LECrim, autos dictados por el JVP en determinadas materias de considerable importancia. Sin embargo, para poder hacer uso de esa facultad se necesita, como requisito previo y tal y como indica el propio artículo, solicitar, conforme a la letra m) del art. 5.1, que les sean notificadas las propias resoluciones que van a poder ser recurridas.

Posteriormente encontramos los puntos 1 y 2 del art. 13, los cuales pueden ser clasificados como intervención directa de la víctima e indirecta, respectivamente¹³. Consistiendo la primera en la posibilidad de recurrir, aun no estando la víctima personada, determinadas resoluciones del JVP que se concretan en las siguientes:

“a) El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria autoriza, conforme a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 36.2 del Código Penal, la posible *clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena*, cuando la víctima lo fuera de alguno de los siguientes delitos:

- 1.º Delitos de homicidio.
- 2.º Delitos de aborto del artículo 144 del Código Penal.
- 3.º Delitos de lesiones.
- 4.º Delitos contra la libertad.
- 5.º Delitos de tortura y contra la integridad moral.
- 6.º Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.
- 7.º Delitos de robo cometidos con violencia o intimidación.
- 8.º Delitos de terrorismo.
- 9.º Delitos de trata de seres humanos.

b) El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde, conforme a lo previsto en el artículo 78.3 del Código Penal, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al *límite de cumplimiento de*

¹² MANZANARES SAMANIEGO, *Diario LL*, Núm. 8351, 2014, págs. 9 y 10.

¹³ ARANGÜENA FANEGO, en: de Hoyos Sancho (Dir.), *La víctima del delito*, 2017, págs. 219-227.

condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima lo fuera de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal.

c) El auto por el que se conceda al penado la *libertad condicional*, cuando se trate de alguno de los delitos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 36.2 del Código Penal o de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión.”

Este primer apartado del precepto se cierra con dos consideraciones que acarrearán, como veremos más adelante, grandes críticas. Éstas son, en primer lugar, la referente a los plazos para recurrir, que resultan ser dos: cinco días máximos para anunciar al Secretario Judicial la voluntad de recurrir “contados a partir del momento en que se hubiera notificado conforme a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 7.1”, y quince días máximos para interponer el recurso desde la notificación de la voluntad de hacerlo. En segundo lugar, que “para el anuncio de la presentación del recurso no será necesaria la asistencia de abogado.”

Y consistiendo la segunda –intervención indirecta– en dos tipos de actuaciones, proponente e informante, que tampoco se libran, como veremos, de ser criticadas, y que se concretan como sigue:

“a) Interesar *que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta* previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima;

b) *Facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante* para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado.”

Por último, el art. 13.3 ya no expresa una facultad conferida a la víctima sino un mandato dirigido al JVP –el cual también ha sido objeto de críticas– quien deberá dar traslado a la misma –para que pueda ésta, en el plazo de cinco días, formular las correspondientes alegaciones– “de las resoluciones indicadas en el apartado uno de este artículo” antes de que las mismas hayan de ser dictadas. Estando presente aquí también el requisito previo de haber “efectuado la solicitud a que se refiere la letra m) del apartado 1 del artículo 5 de esta Ley.”

2. Razones que dan lugar a que haya sido regulado de tal modo.

Nuestra tarea, aquí, es poner de relieve cuáles han sido las razones o las circunstancias que han llevado a que, el art. 13, haya sido, no simplemente regulado, sino también, de ese concreto modo. Para ello vamos a clasificar la argumentación en tres grupos: la presión mediática, los grupos de presión –*lobbies*– y el surgimiento de la venganza como fin en sí mismo de la pena.

2.1 La presión mediática.

Vamos a comenzar con el primero de ellos, la presión mediática o, concretando aún más, la interacción existente hoy en día entre los medios de comunicación social y la política criminal¹⁴. Como dijimos en apartados precedentes, la necesidad de transponer la Directiva 29/2012/UE al derecho interno, ha sido utilizada para realizar una maniobra política a través de la LEVD, teniendo como máxima expresión de ello, la posibilidad que, el precepto que está ahora siendo analizado, brinda a la víctima para intervenir en la ejecución de la pena. Teniendo esta idea en mente, lo que cabe preguntarse ahora es, ¿de dónde procede esa maniobra política?, ¿ha sido la sociedad quien se la ha transmitido a los grupos políticos? ¿o, por el contrario, han sido los agentes políticos quienes nos la han “inculcado”? Independientemente de la respuesta, existe algo innegable; dicha relación bidireccional –electores-elegidos– está mediada por los medios de comunicación, los cuales, no se dedican –por mucho que intenten hacérselo creer– a transmitir la información de manera puramente objetiva y vacía de pretensiones. De acuerdo con la

¹⁴ PAREDES CASTAÑÓN, *T&D*, Núm. 24, 2018, págs. 92-115.

tesis del “populismo punitivo”, las políticas criminales están influidas, de manera predominante, por las creencias y valoraciones de la opinión pública mayoritaria sobre la delincuencia y la inseguridad, el funcionamiento del sistema penal y sus insuficiencias. Si diésemos por cierta esta teoría, estaríamos respondiendo afirmativamente a la segunda pregunta antes formulada, y ya tendríamos, en consecuencia, la respuesta a la procedencia de este art. 13 como maniobra política. Sin embargo, no cabe afirmar que proceda de una manifestación de la democracia, es decir, de las creencias generalizadas del electorado, sino de lo que se haga pasar como tales. Y aquí es donde entran en juego los cinco factores siguientes: la ambición de los políticos por obtener más votos; los medios de comunicación intentando aumentar su audiencia; la atención constante que prestan determinados *lobbies* a las cuestiones criminales y su aspiración por colocar determinados temas en el debate público y en la agenda política; la opinión ciudadana, la cual no es unívoca ni uniforme; y la confluencia de las anteriores estrategias, que es la encargada de definir las políticas criminales de un país, entre ellas, la novedosa intervención de la víctima en la ejecución de la pena. Para proseguir con el desarrollo, es necesario tratar ahora una cuestión que en apartados anteriores dejamos apuntada –al hablar de la acogida que ha tenido la LEVD entre la sociedad–. La mayoría de las personas de una sociedad alfabetizada –dejando a un margen siempre, como también comentamos anteriormente, a los operadores profesionales del sistema penal– no poseen conocimientos de una gran mayoría de temas penales. Es más, lo que conocemos de casi todas las cuestiones político-criminales ha sido esencialmente mediado, siendo los medios de comunicación quienes difunden las representaciones simbólicas¹⁵, que son a través de las cuales adquirimos, principalmente, dicho conocimiento, en combinación con experiencias personales episódicas y algo de transmisión cultural de persona a persona. A la hora de elaborar, por parte de los medios de comunicación, dichas representaciones simbólicas, éstos tienen en cuenta dos cuestiones; la primera, el interés periodístico, y la segunda, el interés público. Una vez definida, en base a esos dos criterios, la representación simbólica que van a comunicar, se atiende a la semiótica de la comunicación social en materia penal, es decir, a definir el contenido del mensaje y la forma que éste vaya a adoptar. Una vez que todo el mensaje ha sido minuciosamente elaborado y lanzado a la sociedad, le corresponde a

¹⁵ Son “representaciones que pretenden hacer referencia a las realidades de la conflictividad social más grave y al control social estatal de dicha conflictividad”. PAREDES CASTAÑÓN, *T&D*, Núm. 24, 2018, pág. 96.

ésta la correcta decodificación e interpretación del mismo –para lo que se requiere unas aptitudes que la mayoría de la sociedad no posee y, por ende, es fácilmente manipulable–. A pesar de todo lo que aquí hemos explicado, no cabe sentenciar que son los medios de comunicación el principal factor impulsor de las campañas en materia político-criminal. Sería más correcto afirmar que son el escenario donde se dirimen conflictos de intereses, o herramientas propagandísticas de los grupos de presión y partidos políticos, aunque no herramientas sumisas, puesto que tienen su propia agenda comercial y política. A modo de conclusión final, diremos que la mayor incidencia de los medios de comunicación en la esfera pública es su acotación del ámbito de lo decible, de lo comúnmente aceptable. Quien no consigue introducir sus ideas en los medios de comunicación tiene serias dificultades para que estas accedan a la esfera pública. Siendo esto así, debemos decir que la regulación del art. 13 LEVD no ha sido enteramente fruto de la voluntad de los votantes ni idea de los medios de comunicación, sino el resultado de una conjunción de factores, entre los que destacan los grupos de presión que a continuación vamos a analizar, que a su vez han hecho posible que su pretensión haya sido introducida en el debate público a través, esta vez sí, de los medios de comunicación.

2.2 Los grupos de presión o lobbies.

Los *lobbies*, en base a la RAE, son definidos como “conjunto de personas que, en beneficio de sus propios intereses, influye en una organización, esfera o actividad social.” En este caso, la “organización, esfera o actividad social” hace referencia a la esfera política, al ámbito de la regulación de las políticas criminales, y el “conjunto de personas” se refiere a las diversas asociaciones o fundaciones de víctimas, de distintos delitos, presentes en nuestro país, entre las que destaca la Fundación Víctimas del Terrorismo. ¿no deberían, sin embargo, haber sido todas ellas tenidas en cuenta, indistintamente y en la misma medida, en la tramitación de la regulación de este artículo 13? ¿o es que, acaso, dicho precepto, queda en la LEVD titulado como “participación de la *víctima del terrorismo* en la ejecución” y no como “participación de la *víctima* en la ejecución”? Porque, solamente ese enunciado –que, por supuesto, no sería correcto– justificaría la realidad que se desprende, no de meras conjeturas nuestras, sino de la propia voz de la señora DE MICHEO CARRILLO-ALBORNOZ –diputada del Grupo Popular– que, en la sesión de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, celebrada el 17 de

diciembre de 2014, a propósito del art. 13 de la LEVD, señaló que en él “se ha recogido la *petición expresa* que hizo la presidenta de la Fundación Víctimas del Terrorismo cuando se encontró con el ministro para tratar este tema”. Confesión de la parlamentaria que deja patente, no solo el motivo por el que el Ministerio de Justicia crea este art. 13, sino también la justificación del cambio en el Proyecto de la LEVD respecto de su Anteproyecto, al insertarse, en el primero, los delitos de terrorismo en el elenco de ilícitos penales que activan la capacidad impugnatoria de las víctimas¹⁶.

Ya hemos visto, en el apartado anterior, cómo estos grupos de presión, en conjunto con otros factores, pueden llegar a ejercer, valga la redundancia, tanta presión. Por lo que, el objetivo, aquí, es averiguar el porqué de esta discriminación dirigida hacia el resto de víctimas en beneficio de las del terrorismo. Para ello –y pese a no estar de acuerdo con la opinión que expresa en su trabajo acerca de la violencia de género¹⁷– vamos a hacer eco de las razones que aporta TAMARIT SUMALLA¹⁸.

Por un lado, hay una razón histórica, provocada, principalmente, por el papel desempeñado por ETA durante la transición y los primeros años del régimen democrático. Fue entonces, cuando las primeras medidas de indemnización y apoyo a las víctimas del terrorismo empezaron a surgir, no habiéndose desarrollado, todavía, una sensibilización a favor de las víctimas del delito en general. Una expresión de ello es la Ley antiterrorista de 1984, once años anterior a la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. En segundo lugar, tenemos el motivo económico, que se traduce en la ¿inviabilidad? de destinar, a otras víctimas, las mismas indemnizaciones previstas para las del terrorismo. El hecho, sin embargo, de que los derechos de las víctimas del terrorismo hayan sido ampliados con dos leyes posteriores –Ley 32/1999 de solidaridad con las víctimas del terrorismo y Ley 29/2011 de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo– mientras que, los derechos de las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, permanezcan invariables desde 1995, deja al argumento histórico y económico a la pata coja al no poder

¹⁶ RENART GARCÍA, *RECPC*, 17-14, 2015, pág. 14

¹⁷ TAMARIT SUMALLA, *InDret*, Núm. 1, 2013, págs. 15; 20 y 21.

¹⁸ TAMARIT SUMALLA, *InDret*, Núm. 1, 2013, págs. 22 y 23.

éstos explicar por qué la Ley 35/1995 no ha sido modificada –¿inviabilidad económica o, más bien, desinterés político?–.

Desde otro punto de mira, y que resulta, además, más realista, es la propia naturaleza del delito de terrorismo el que nos brinda la explicación del porqué de un estatuto diferenciado de las víctimas de dicho concreto delito. Al ser la víctima, en este delito, instrumentalizada como vehículo de agresión contra el Estado, éste siente que tiene una deuda pendiente con ellas, de la cual ha de librarse, o, al menos, aparentarlo. Este sentimiento de deuda se enfatiza aún más con la opinión popular que existe entre la sociedad española –que cuenta con una especial sensibilidad hacia este tipo de delitos, por la anteriormente comentada actuación de ETA– de que las víctimas habían sido dejadas de lado durante mucho tiempo y que era necesario compensar una injusticia histórica. Si a esta ecuación le sumamos la alusión que hace el Preámbulo 16 de la Directiva 29/2012 a las víctimas del terrorismo¹⁹ –alusión que debería leerse siempre, teniendo en cuenta el contexto europeo, es decir, la ausencia casi total, de normas que dispensen un tratamiento diferenciado a las víctimas del terrorismo– nos da como resultado una oportunidad perfecta –o excusa, según como se entienda– para terminar de saldar la deuda, o, cuando menos, aparentarlo. Y es que, ¿cómo se explica –si no es con la apariencia y no con la verdadera voluntad de saldar esa deuda– que los destinatarios de una buena parte de esas políticas –como el art. 13 LEVD– sean solo los sectores más politizables de las víctimas del terrorismo, mientras que, las menos –pero, quizás, más vulnerables– como los menores, queden al margen?

Un último dato, con el que cerramos este apartado, que nos hace pensar que, efectivamente, la LEVD intenta satisfacer ciertas demandas de este *lobbie*, es el contexto en el que esta ley se presenta y publica como Anteproyecto –informado en Consejo de Ministros el 24 de octubre de 2013– ya que, el 21 de octubre de ese mismo año, se condena a España por la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en

¹⁹ “Las víctimas del terrorismo han sufrido atentados cuya intención última era hacer daño a la sociedad. Por ello pueden necesitar especial atención, apoyo y protección, debido al especial carácter del delito cometido contra ellos. Las víctimas del terrorismo pueden ser objeto de un importante escrutinio público y a menudo necesitan el reconocimiento social y un trato respetuoso por parte de la sociedad. En consecuencia, los Estados miembros deben tener especialmente en cuenta las necesidades de las víctimas del terrorismo, y esforzarse por proteger su dignidad y seguridad.”

el asunto Del Río Prada²⁰ –que conllevó la derogación de la denominada “doctrina Parot”²¹– lo que provocó gran rechazo en las asociaciones de víctimas del terrorismo así como en la sociedad española²².

2.3 El surgimiento de la venganza como fin en sí mismo de la pena.

En último lugar, tras haber visto cómo, las asociaciones de las víctimas del terrorismo, con su presión mediatizada a través de los medios de comunicación, han conseguido impulsar el desarrollo del precepto en cuestión, se hace necesario analizar las razones que les han llevado, junto con una buena parte de la sociedad que resulta, por ellas, influenciada, a realizar esa reivindicación.

Sin entrar en los debates que todavía, a día de hoy, se dan, sabemos que la doctrina penalista continental de influencia germánica sostiene que los fines de la pena son, a saber, la prevención general –tanto en su vertiente positiva como negativa– la prevención especial y la retribución; descartando, expresamente, fines como la satisfacción de los deseos de venganza, por ser impropios de un Estado democrático y de derecho. Más aún, en el mundo anglosajón, donde todavía subsisten con fuerza los defensores de las teorías retribucionistas, se han esforzado, sin embargo, por no relacionar dicha retribución con la palabra venganza²³. A este marco general, le debemos sumar la declaración que establece nuestra CE en su art. 25.2, “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...” que, según el TC ha de entenderse como fin último –pero no el único– al que debe orientarse la ejecución, no debiendo confundirse éste con el fundamento de la pena. Asimismo, recuerda que dicho precepto no puede ser concebido como un derecho fundamental sino como un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria²⁴.

²⁰ Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-4541425-5482560%22%5D%7D>

²¹ De creación jurisprudencial a raíz de la STS de España de 28 de febrero de 2006.

²² ARANGÜENA FANEGO, en: de Hoyos Sancho (Dir.), *La víctima del delito*, 2017, pág. 207.

²³ GIL GIL, *InDret*, Núm. 4, 2016, pág. 2 y 3.

²⁴ Argumentación que se desprende de las siguientes resoluciones del TC: STC 150/1991; STC 19/1988; 55/1996; STC 234/1997; STC 28/1998; STC 120/2000; STC 91/2000; y Auto 15/1984 de la sección tercera.

No termina de encajar, con lo que acaba de ser expuesto, la intervención de la víctima en la ejecución de la pena que propugna el precepto de la LEVD. A *sensu contrario*, en los últimos años estamos asistiendo a reclamos o peticiones –algunos de los cuales se transforman en verdaderas regulaciones legales, como ocurre con el precepto que aquí tratamos– que tienen como fondo base la satisfacción del ánimo vindicativo de algunas víctimas²⁵. El intento de calmar la sed de venganza mediante el derecho, demuestra la progresiva introducción de las emociones en el ámbito de la justicia penal lo que, a su vez, provoca en el ciudadano, “actitudes menos comprensivas con el agresor, que deja de ser percibido como un miembro del propio grupo o comunidad, y ello a su vez hace olvidar el *deber de reintegrarle y protegerle de una posible violencia estatal arbitraria*”²⁶. Es decir, se concibe un pensamiento dicotómico, entendiéndose, en todo caso, al ofensor como culpable y a la víctima como inocente, siendo, por tanto, que la defensa de la víctima parece exigir la afirmación a ultranza de la maldad del agresor sin dejar espacio a la duda²⁷.

Hemos visto, así pues, la presencia o incidencia que tiene la exaltación de la venganza como nuevo –o retomado del medieval– fin de la pena en sí mismo, que pese a no estar este ánimo presente en todas las víctimas, la politización de las mismas y la presión que ejercen determinados *lobbies* que sí presentan ese sentimiento, unida a la imagen que, de ellas y de los infractores, es transmitida por los medios de comunicación a la sociedad, ocasiona la evidente presencia del ánimo vindicativo en la agenda política que, posteriormente, se traduce en determinadas políticas criminales como es la participación que se le ofrece a la víctima del delito en el proceso de ejecución de la pena.

3. Aspectos positivos y negativos de su regulación.

Tras haber analizado los principales factores que han llevado al legislador español a introducir el art. 13 en la LEVD, así como el modo en que se influyen y relacionan entre ellos, es momento de sacar a la luz las cuestiones de este precepto que, bajo nuestro punto de vista, son merecedoras de ser calificadas como virtudes, o como defectos.

²⁵ Las actitudes vengativas no están presentes en todos los seres humanos. TAMARIT SUMALLA, *InDret*, Núm. 1, 2013, pág. 11.

²⁶ GIL GIL, *InDret*, Núm. 4, 2016, pág. 6.

²⁷ TAMARIT SUMALLA, *InDret*, Núm. 1, 2013, pág. 13.

Iniciaremos con las primeras ya que, muy a nuestro pesar, van a necesitar un considerable menor número de líneas para ser comentadas respecto de las críticas que vamos a proyectar sobre las segundas.

Como punto positivo debemos nombrar la intención que acarrea el desarrollo de este precepto, que, si bien no correctamente materializada, sí exterioriza, al menos, una preocupación política y social por la posición que ocupa en nuestro ordenamiento la parte pasiva del delito. Sin embargo, la verdadera solución para esta “desatención” de la víctima no debe pasar, en ningún caso, por mermar los derechos que la ley reconoce al victimario o el monopolio del *ius puniendi* que ostenta el Estado, sino, más bien por: la exigencia del efectivo cumplimiento del ordenamiento jurídico que ya tenemos, por parte de los distintos operadores jurídicos y policiales que intervienen en el proceso²⁸; la propuesta de cambio de este art. 13, que en el siguiente apartado comentaremos; y por la corrección de la escasa regulación que la LEVD hace de la justicia restaurativa, a lo que también haremos alusión en este trabajo.

A falta de otra observación que, por nuestra parte, deba de ser aplaudida, pasamos a presentar y analizar las críticas o puntos negativos de dicho precepto. Haciéndolo de un modo acorde al orden que sigue el mismo, debemos aludir en primer lugar a la contradicción que encontramos en el primer párrafo al establecerse el derecho de participación de la víctima en la ejecución como un derecho rogado –puesto que se necesita haber solicitado previamente la notificación de las resoluciones que posteriormente se podrían recurrir, conforme a la letra m) del art. 5.1– pero, sin embargo permitírsele a la víctima aunque no esté personada, ya que, la información de su derecho a ser notificada se realiza al mismo tiempo que la referente a denunciar los hechos y, por ende, cuenta ya en ese momento con todos los elementos necesarios para tomar la decisión de constituirse, o no, como parte en el proceso penal, debiendo de condicionar tal decisión la posterior participación en la ejecución²⁹.

Sin necesidad de abandonar este primer párrafo, podemos encontrar el más grave error que encarna este artículo. Se dice que esas víctimas a las que acabamos de aludir y

²⁸ CASTAÑÓN ÁLVAREZ, *Diario LL*, N° 8685, 2016, pág. 13.

²⁹ Tal y como lo expresa el Consejo de Estado en el Dictamen de 29 de mayo de 2014 referente al Anteproyecto de la LEVD en su pág. 38.

en el modo en el que lo hemos hecho, podrán *recurrir* las resoluciones previstas en las letras a), b) y c) de ese primer apartado siendo que, desde la promulgación de la LOGP había sido una cuestión pacífica, y que quedaba fuera de toda duda, el que en la ejecución de las penas privativas de libertad, únicamente estaban legitimados para recurrir el MF y el propio penado, en base al apartado noveno de la Disposición Adicional 5ª de la LOPJ, considerando todo esto dentro de la idea de que el cumplimiento de las penas es una potestad exclusiva del Estado³⁰.

Queda plasmado, por tanto, que, a pesar de que en el propio preámbulo de la LEVD se diga que “El Estado, como es propio de cualquier modelo liberal, conserva el monopolio absoluto sobre la ejecución de las penas, lo que no es incompatible con que se faciliten a la víctima ciertos cauces de participación...”, dicho monopolio estatal ha sido quebrantado, puesto que, el mismo, es expresión del rechazo social que se da a que sean los directamente afectados por el delito –o colectivos o grupos a ellos vinculados– quienes determinen la responsabilidad penal, así como la pena o su ejecución, dejándose todo ello en manos de un tercero institucionalizado –la Administración de Justicia– y, sobre todo, imparcial, liberado de toda necesidad emocional o vindicativa que suscitan las fuerzas existentes entre autor y víctima, y, sin embargo, con la regulación de este artículo, se le ha dejado la puerta abierta a tales sentimientos privados, que impiden el correcto desarrollo del principio de neutralización de la víctima –al igual que del victimario– el cual, está dirigido a evitar que los intereses de la víctima se coloquen por encima de los públicos³¹.

Todo lo que hemos aquí expresado, no significa en absoluto que las víctimas y sus intereses queden desprotegidos, o que exista una indefensión o desprotección para éstas. Debemos recordar, llegados a este punto, la misión que tiene conferida el MF en el art. 1 de su Estatuto Orgánico, así como las funciones que se le atribuyen en el art. 3 para el correcto cumplimiento de dicha misión. Más aún, se hace necesario tener presente la existencia en nuestro país de la acusación particular –“Las víctimas del delito que no hubieran renunciado a su derecho podrán ejercer la acción penal en cualquier momento

³⁰ Como se desprende del voto particular emitido por siete de los vocales del Consejo General del Poder Judicial, el 3 de febrero de 2014, respecto del voto mayoritario del mismo a raíz del Anteproyecto de la LEVD.

³¹ DÍEZ RIPOLLES, *JplD*, (núm. 57), 2006, pág. 34 y 35.

antes del trámite de calificación del delito...”, art. 110 LECrim– y popular –“La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley.”, art. 101 LECrim– además de la pública, que le corresponde al MF –“Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes...”, art. 105. LECrim–, muy diferente a nuestro entorno más próximo, donde los ordenamientos procesales no le reconocen a la víctima el derecho a ejercitar la acción penal: no reconociéndose el derecho a intervenir en el proceso penal más que a los perjudicados penales, en el caso de Italia, Francia y Portugal; permitiéndose solo una participación adhesiva supeditada a la del MF, en el caso de Alemania; o admitiéndose tan solo una participación subsidiaria en caso de desistimiento, en el caso de Austria.

Todo ello arroja luz sobre la falta de una regulación similar a la establecida en el art. 13 en el derecho comparado, como argumento para desacreditar el mismo. La intervención de las víctimas en la ejecución tampoco encuentra apoyo en las líneas jurisprudenciales de los Tribunales europeos, siendo que –a modo de ejemplo– el Tribunal de Luxemburgo, en su sentencia del caso Güye y Salmerón, del 15 de septiembre de 2011, afirmó que, la Decisión Marco 2011/220/JAI, no establecía ninguna obligación a los Estados para conferir a las víctimas derechos en lo que se refiere a la determinación y ejecución de las penas.

Más aún, nuestro TC, se ha pronunciado de forma expresa, manifestando la ausencia de interés legítimo de la acusación particular en la fase de cumplimiento de la pena privativa de libertad, así como la falta de legitimidad constitucional de la intervención de los perjudicados en los procedimientos de revisión de resoluciones del JVP, en su Auto 373/1989 de 3 de julio, del que resulta interesante extraer lo siguiente: en primer lugar, que la ejecución penal es la actividad ordenada y fiscalizada por los órganos judiciales al cumplimiento del título de ejecución –la sentencia firme condenatoria– lo cual hace efectivo el derecho estatal de castigar –ius puniendi– reconocido en la sentencia; y en segundo lugar y más importante para nosotros, que el cumplimiento³² de la pena, sus modalidades, incidencias y modificaciones, *escapa al*

³² Utilizamos aquí el término cumplimiento y no ejecución dado que es el utilizado por el TC en este mismo auto, al afirmar que no es lo mismo la ejecución de la pena que el cumplimiento de la misma, puesto que, la primera corresponde al propio órgano sentenciador –art. 117.3 CE– y lo segundo a la autoridad

interés de quien fue acusador particular en la causa de la cual deriva la pena, en la medida en que el *ius puniendi* –como hemos dicho en apartados anteriores– lo ostenta en exclusiva el Estado y, por tanto, es a éste, a través de los órganos competentes, a quien corresponde determinar cómo dicho castigo ha de cumplirse, siempre con respeto, claro está, al *principio de legalidad*, por lo que las decisiones que a tal fin se adopten *no afectan en modo alguno a los derechos e intereses legítimos de quien en su día ejercitó la acusación particular* –y mucho menos, por tanto, de quien no la ejercitó–. A esto se suma el TS, el cual en la sentencia de la Sala 2ª de 15 de noviembre de 2005 afirmó que el interés de la víctima queda ya satisfecho con la sentencia, por lo que su intervención en la fase de ejecución no haría sino duplicar la función ya asumida por el MF.

Continuando ahora con las concretas resoluciones que determina el art.13.1 en sus letras a), b) y c) que pueden ser recurridas, vamos a ir analizándolas para encajarle a cada una de ellas sus correspondientes críticas, lo cual haremos evocando las ideas plasmadas por RENART GARCÍA³³.

Respecto de la primera de ellas;

“a) El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria autoriza, conforme a lo previsto en el *párrafo tercero* del artículo 36.2 del Código Penal, la posible *clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena*, cuando la víctima lo fuera de alguno de los *siguientes delitos*:

- 1.º Delitos de homicidio.
- 2.º Delitos de aborto del artículo 144 del Código Penal.
- 3.º Delitos de lesiones.
- 4.º Delitos contra la libertad.
- 5.º Delitos de tortura y contra la integridad moral.
- 6.º Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.
- 7.º Delitos de robo cometidos con violencia o intimidación.

administrativa bajo el poder fiscalizador de unos especiales órganos judiciales – los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, arts. 76.1 de la LOGP y art. 94.1 de la LOPJ –. No obstante, cuál es la diferencia entre ejecución y cumplimiento de la pena, es un debate que, a día de hoy, sigue sobre la mesa, utilizando en este trabajo el término de ejecución simplemente por ser también el utilizado en la ley que analizamos, la LEVD.

³³ RENART GARCÍA, *RECPC*, 17-14, 2015, pág. 21-42.

8.º Delitos de terrorismo.

9.º Delitos de trata de seres humanos.”

Podemos, de entrada, apreciar un error cuando se señala que dicha facultad del JVP queda recogida en el párrafo *tercero* del art. 36.2 CP –lo cual tendría sentido en la vieja redacción del CP de 2010– puesto que, en realidad, se recoge en el párrafo *cuarto*, de acuerdo con la vigente Ley Orgánica 1/2015 que, resultando, cuando menos, curioso, se redactó por el mismo legislador que el de la LEVD y en un momento temporal muy próximo, dejándose ver la enorme falta de coordinación entre leyes dictadas por un mismo legislador.

Debemos indicar que el citado precepto del CP prevé una facultad conferida al JVP para determinar la aplicación del régimen general de cumplimiento –que *en ningún caso supone*, como erróneamente entienden algún sector de la doctrina, *la automática clasificación en tercer grado*, dado que no es una competencia del JVP, sino del Centro Directivo, art. 106.5 en relación con el 103.4 del RP, por lo que jamás ha de entenderse que lo que recurre la víctima es una decisión clasificatoria– cuando el órgano sentenciador haya establecido la aplicación del llamado período de seguridad –el cual establece la imposibilidad de poder acceder al tercer grado penitenciario hasta el cumplimiento de la mitad de la condena en aquellos delitos a los que se les haya impuesto una pena de prisión superior a cinco años, y que ha sido importado del derecho penal francés, donde, ha de decirse, no existe, como en España, una clasificación penitenciaria de los penados en grados– de manera discrecional –art. 36.2 CP segundo párrafo, y tras la preceptiva petición por parte del MF, en aplicación del principio acusatorio– y no cuando lo haya hecho por la ineludible aplicación que establece el art. 36.2 CP en el elenco de delitos que se muestran en su párrafo tercero. Dicha aplicación del régimen general de cumplimiento por parte del JVP se realiza “previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador...oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes³⁴...”. Repitiendo, para dejar claro, que la víctima no estaría impugnando

³⁴ La expresión “las demás partes” constituye una tácita referencia a la víctima, lo que ha sido objeto de serias objeciones por parte de un sector mayoritario de nuestra doctrina, al señalarse, por ejemplo, que dichas “audiencias previas son improcedentes en cuanto no estén exclusivamente orientadas a identificar posibles riesgos en la protección de las víctimas”, DÍEZ RIPOLLES, *JplD*, (núm. 57), 2006, pág. 35.

una propuesta clasificatoria sino, únicamente, la decisión judicial de dejar el camino expedito a la misma, no debe olvidarse que, aun cuando el recurso de la víctima prosperase, la AP seguiría teniendo la potestad de combinar aspectos característicos de diferentes grados penitenciarios mediante la aplicación del principio de flexibilidad –art. 100.2 RP– viéndose así parcialmente frustrados los anhelos vindicativos de la víctima, al comprobar cómo, el recluso, pese a encontrarse imposibilitado para acceder al tercer grado antes del cumplimiento del período de seguridad, podría gozar de una suerte de tercer grado encubierto, que le permitiría, por ejemplo, disfrutar de salidas de fin de semana, si tal principio de flexibilidad fuese aplicado, potenciándose así la individualización científica consagrada en el art. 72 LOGP.

A lo anterior señalado, debe insistirse en la idea de que, para que se pueda imponer el periodo de seguridad –ya sea por exigencia legal o por decisión judicial potestativa– se exige, como *conditio sine qua non*, que la pena de prisión impuesta al sentenciado exceda de cinco años, siendo irrelevante qué delito concreto se haya cometido. Además, debería de dejársele claro a la víctima que los cinco años, no se refieren a la previsión legal de determinado marco punitivo, sino a la determinación judicial de la pena, es decir, la concreción de la misma tras su necesaria individualización –a modo de ejemplo y para que se comprenda mejor, si a un determinado delito el CP le asigna, como consecuencia jurídica, la imposición de una pena de prisión de 4 a 8 años, estando por tanto la posibilidad de que sean 6, 7 u 8 años (superior a 5, que es lo que se exige), ello no es lo relevante, puesto que puede darse la posibilidad de que el Juez o Tribunal imponga 4 años de prisión. Por ello, lo importante es la concreta pena que se imponga en cada caso y no la horquilla que marca la ley–. Para colmar las aspiraciones impugnatorias de la víctima, se requerirá, además de lo anterior, la imposición del período de seguridad por el Juez o Tribunal sentenciador, así como que el JVP, llegado el caso, decida la aplicación del régimen general. Conviene insistir en esto, que no queda claro tras la lectura del precepto, para evitar futuras frustraciones de la víctima.

Frustraciones que pueden aumentar en número por el contenido mismo del listado de delitos previsto en la letra a) del art. 13, así como por la técnica legislativa utilizada para su confección. Respecto del contenido, debemos criticar la inclusión de los delitos de terrorismo, los cometidos en el seno de una organización o grupo criminal así como los del art. 183 y los tipificados en el Capítulo V del Título VIII del Libro II del CP cuando

la víctima fuere menor de trece años, puesto que éstos quedan *expresamente excluidos* de la facultad del JVP de acordar la aplicación del régimen general –por el art. 36.2 CP–. Siendo los de terrorismo los más criticables, sobre todo por su imprevisible inclusión en el Proyecto, no estando incluidos en el Anteproyecto, ya que nos llevan a pensar que el legislador únicamente actuó queriendo satisfacer las aspiraciones fiscalizadoras de las asociaciones de víctimas del terrorismo. Dicha satisfacción nunca llegará a darse, al contrario, quedará frustrada puesto que, si el condenado lo es a una pena no superior a cinco años, no existirá período de seguridad, y si sí que es superior, habrá período de seguridad, pero el auto del JVP en ningún caso podrá acordar la aplicación del régimen general por tenerlo vedado en esos concretos delitos y, por ende, la víctima no podrá sino recurrir lo inexistente. Otro supuesto que muestra el engaño que brinda el legislador a la víctima, es la inclusión de los “delitos de robo cometidos con violencia o intimidación” dado que, el CP, no establece para ninguna de sus conductas o circunstancias una pena de prisión superior a cinco años y, por ello, nunca podrá recurrirse ningún auto del JVP porque, simplemente, no existirá, salvo que, excepcionalmente, en un supuesto de multirreincidencia se le imponga al condenado una pena superior en grado a la máxima prevista para esos tipos penales, que es de cinco años.

En cuanto a la técnica legislativa utilizada, sus correspondientes críticas han de ser arrojadas. La misma, en ocasiones alude a ilícitos concretos, mientras que, en otras ocasiones, alude a agrupaciones de delitos, cuando debería de haberse elegido un único criterio para que fuese claro y pulcro. Más aún, la utilización del plural como ocurre en el caso de “delitos de homicidio” puede llevar a equívocos, dado que solo puede entenderse como delitos de homicidio y *sus formas*. De no ser así, nos encontraríamos ante la imposibilidad de la víctima de recurrir en casos de asesinato, frente a la posibilidad de hacerlo en casos de homicidio, algo que es totalmente impensable. Sin embargo, de entenderse de modo omnicompreensivo, estaríamos también incluyendo las conductas tipificadas en el art. 143, siendo particularmente sensible la recogida en su número cuarto.

Por último, para finalizar con las críticas que le corresponden a esta letra a) del primer apartado, cabe hacer referencia a la sospechosa exclusión de los delitos que atentan a bienes jurídicos colectivos –como el blanqueo de capitales, corrupción de autoridad o funcionario público, financiación ilegal de partidos políticos, etc.– en los que, la pena, sí

que podría superar los cinco años de prisión. ¿Será que, tal vez, convenga esta exclusión para los mismos que han regulado esta ley?

Pasamos ahora al apartado b):

“b) El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde, conforme a lo previsto en el artículo 78.3 del Código Penal, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima lo fuera de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal.”

En primer lugar y, como dijimos respecto del anterior apartado, se desprende una clara falta de diligencia, desinterés, desidia y ausencia de voluntad armonizadora por parte del legislador, al referirse al apartado tres del art. 78 CP, cuando éste, se encontraba en vías de supresión. Debiera, por tanto, hacer referencia al art. 78.2 CP.

Para continuar, otras dos críticas se verterán en relación directa con el citado precepto penal. La primera de ellas es una cuestión procesal, que se traduce en una clara desigualdad según de qué víctima estemos hablando. Y es que, si nos referimos a aquellas que lo son por algún delito de los contenidos en la letra a), no solo no necesitarán haberse personado en la causa, sino que será el propio JVP, quien tenga que, en base al apartado 3 de nuestro art.13 y antes de dictar cualquiera de estas resoluciones que estamos analizando, darles traslado para que, en el plazo de cinco días, formulen alegaciones. Sin embargo, si nos referimos a otras víctimas que no lo son por alguno de los delitos de la citada lista, estas sí deberán haberse mostrado parte en la causa a través de su acusación particular, y solo para ser oídas, a diferencia de las primeras que, además de tener un derecho *ex ante*, también lo tienen *ex post* mediante la legitimación para su impugnación. Esto pone de manifiesto una clara ruptura del principio de igualdad de armas.

La segunda crítica hace referencia a la propia razón de ser de ese art. 78 CP, que es justamente el sistema legal de acumulación jurídica plasmado por el art. 76 CP para los concursos reales de delitos. Es decir, si con ellos estamos condenando a un sujeto por la pluralidad de infracciones, las cuales pueden recaer sobre más de una víctima, ¿por qué, sin embargo, este art. 13 legitima para impugnar en solitario una decisión judicial

basada en la existencia habitual de pluralidad de víctimas? Se debiera de haber pensado, con una mayor reflexión por parte del legislador, en las consecuencias que esta hipótesis puede acarrear.

La última resolución del JVP que cabe ser impugnada, se muestra en la letra c) de este primer apartado:

“c) El auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, cuando se trate de alguno de los delitos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 36.2 del Código Penal o de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión.”

Antes de nada, debemos, de nuevo, hacer referencia la absoluta descoordinación que hubo durante la tramitación parlamentaria, casi paralela, entre la LEVD y el CP, que se deja ver de nuevo en la imposibilidad –de difícil explicación si no es por esta descoordinación– frente a la que se va a encontrar la víctima que quiera impugnar la concesión de la libertad condicional del condenado a prisión permanente revisable por un delito de terrorismo –art. 573 bis. 1.1ª CP– debido a la previsión que establece el art. 92 CP de que, en estos casos, sea el Tribunal sentenciador y no el JVP quien otorgue la suspensión de la pena –en la cual queda embebida la libertad condicional tras la reforma penal que tuvo lugar en 2012–. Resulta, cuando menos paradójico, frente a la alusión que realiza la propia LEVD en su Exposición de Motivos, al justificar la intervención de la víctima en la ejecución justamente en “delitos especialmente graves”, como es, justamente, este caso.

Continuando con el análisis, diremos que esta legitimación que se le da a la víctima constituye una decisión legislativa de dudosa conveniencia y efectividad por lo siguiente:

El primer requisito exigido por el art. 90 CP relativo a la concesión de la libertad condicional, exige que el penado en cuestión se halle en el tercer grado penitenciario, para lo cual la AP tuvo ya que haber superado distintas situaciones –la necesidad de haberse cumplido previamente el período de seguridad, haya sido este establecido por obligación legal o por la potestad del Juez o Tribunal sentenciador, o la no necesidad de haberlo superado, por no encontrarse en uno de los supuestos que obliga a ello, pero sí habiéndose exigido una evolución favorable en el segundo grado– que ponen de relieve el hecho de

que, la concesión de la libertad condicional, no es resultado de una actuación caprichosa e irreflexiva que se deba proteger mediante esta legitimación de la víctima, dado que, además, en caso de existir alguna clase de irregularidad en el procedimiento, el mismo debería ser observado por parte del MF –art. 107 RP– quien es el encargado de garantizar la legalidad.

Tampoco se puede fundamentar la interposición del recurso de la víctima en los otros dos requisitos exigidos por el art. 90 CP: haberse extinguido las $\frac{3}{4}$ partes de la condena impuesta y la observación de buena conducta; puesto que ambos son de carácter objetivo, siendo el primero de ellos puramente aritmético y el segundo asimilado a la ausencia de faltas disciplinarias graves o muy graves.

Por otro lado, si nos centramos en los delitos de terrorismo o cometidos en el seno de una organización criminal, vemos que el art. 90.1 *in fine* del CP establece la necesidad, para la concesión de la libertad condicional, de la petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, lo cual –fuera del debate de su pertinencia, o no, y de su eficacia– de haber sido prestado, deslegitimaría la interposición de un recurso movido por un afán vindicativo, y de no haberlo sido, no se podía si quiera recurrir puesto que no existiría ninguna libertad condicional que recurrir.

Continuando ahora con el orden que sigue el mismo art. 13, pasamos, tras haber analizado las concretas resoluciones que pueden ser recurridas por parte de las víctimas, a analizar los dos últimos párrafos que vienen en el primer apartado del precepto.

En cuanto al primero de ellos³⁵:

“La víctima deberá anunciar al Secretario judicial competente su voluntad de recurrir dentro del plazo máximo de cinco días contados a partir del momento en que se hubiera notificado conforme a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 7.1, e interponer el recurso dentro del plazo de quince días desde dicha notificación”.

Vamos a realizar una crítica que sigue la línea, antes establecida en el análisis de la letra b), de la desigualdad que provoca este precepto entre determinadas víctimas. En

³⁵ ARANGÜENA FANEGO, en: de Hoyos Sancho (dir.), *La víctima del delito*, 2017, págs. 222 y 223.

este caso, la discriminación la vemos respecto de las personadas y las no personadas en el proceso penal, puesto que, a estas últimas, se les concede un plazo extraordinario de 15 días para la interposición del recurso –a lo que debemos de sumarle los 5 días para anunciar la voluntad de recurrir– frente al plazo ordinario que contempla la legislación procesal de, 3 días para el recurso de reforma, y 5 para el de apelación, del cual goza la víctima personada. Por tanto, la propia LEVD en este párrafo se contradice a sí misma, puesto que al inicio de este art. 13, dice expresamente que “podrán recurrirlas *de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*” y, sin embargo, la LECrim no establece en ningún momento esos plazos extraordinariamente desmesurados que, si la víctima hiciese uso del derecho de asistencia jurídica gratuita, aún se verían más prolongados, puesto que se suspendería dicho plazo hasta la designación provisional de abogado.

No obstante, esta cuestión podría llegar a estar justificada, solamente, en la necesidad de aquellas víctimas no personadas, de búsqueda de letrado, lo cual nos lleva al último párrafo de este primer apartado:

“Para el anuncio de la presentación del recurso no será necesaria la asistencia de abogado.”

Queda, en consecuencia, sin ninguna clase de argumentación a favor, lo anteriormente expresado.

Centrándonos ahora en esta cuestión, diremos lo siguiente³⁶: no solo es, de nuevo, contradictorio con lo que exige la LECrim –ser defendido por abogado y representado por procurador– sino que, al contrario de lo que al principio puede parecer como una ventaja, perjudica de manera directa a la víctima que anhela que su recurso salga adelante. ¿y por qué?, por el mero hecho de que la falta de asistencia técnica en una cuestión que, desde luego, presenta una complejidad inherente a la materia y que, por tanto, exige de un alto grado de especialización en el ámbito penal y penitenciario que una víctima no puede presentar, pero sí los profesionales del Derecho, con los debidos argumentos jurídicos. En consecuencia, lleva a que, en la mayoría de los casos, la impugnación se haga mal por ignorancia, frustrando los intereses de la víctima, y sirviéndole tan solo para

³⁶ ARANGÜENA FANEGO, en: de Hoyos Sancho (dir.), *La víctima del delito*, 2017, págs. 221 y 222. Junto con RENART GARCÍA, *RECPC*, 17-14, 2015, pág. 44.

expresar su deseo de perpetuar el internamiento del penado en prisión, con la consiguiente sobrecarga adicional de trabajo y dedicación a los JVP.

Para finalizar con el primer apartado del art.13 y poder comenzar con el segundo, se hace necesario arrojar dos últimos comentarios³⁷ al mismo, no ya referidos a concretas palabras del precepto, sino a la idea global que se desprende del mismo.

En primer lugar, que poniendo en relación la Disposición Adicional 5ª.5 LOPJ con el art. 13, se colige –frente al silencio de la LEVD– que únicamente generará efectos suspensivos el recurso que la víctima interponga ante el auto del JVP establecido en la letra c), mientras que no lo harán los supuestos de las letras a) y b), debido a que estas dos últimas letras aluden a los arts. 36.2 y 78 CP, y por ende no son resoluciones clasificatorias, que es lo único que, junto con la concesión de la libertad condicional – letra c)– de ser recurrido, tendrá efecto suspensivo, tal y como lo establece la citada disposición de la LOPJ.

Nuestro segundo comentario hace referencia a que, como hemos ido viendo, la potencialidad del art. 13 es más aparente que real y, además de conducir a equívocos, puede conducir a la *victimización secundaria* al despertar expectativas en las víctimas que poco después se verán frustradas, yendo en contra de la propia finalidad establecida en el preámbulo de esta norma de buscar la efectividad frente a la victimización secundaria.

Situándonos ahora en el apartado dos del art.13, que calificábamos de intervención indirecta de la víctima, debemos comentar las dos actuaciones permitidas³⁸.

En primer lugar, la contenida en la letra a):

“a) Interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima.”

³⁷ ARANGÜENA FANEGO, en: de Hoyos Sancho (dir.), *La víctima del delito*, 2017, págs. 219 y 224.

³⁸ ARANGÜENA FANEGO, en: de Hoyos Sancho (dir.), *La víctima del delito*, 2017, págs. 225-228

Esta previsión hace llamamiento a la seguridad de la víctima como finalidad para legitimar a la misma a la realización de la intervención ahí contemplada –interesar que se impongan medidas o reglas de conducta– la cual debemos entender, se refiere a las contempladas en el art. 83.1 CP en relación con el art. 90.5 de la misma ley. Sin embargo, no todas ellas –interpretación restrictiva–, sino solo las contenidas en las reglas 1ª, 2ª, 3ª y 4ª, puesto que son las mismas las únicas que generan la perceptiva comunicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y, por ende, las únicas de las que se puede desprender la protección del fin pretendido; la seguridad de la víctima.

Pese a la anterior precisión –no contenida en la ley– debemos criticar la propia razón de ser de esta letra a) del precepto puesto que, en primer lugar, la libertad condicional en ningún momento se habría llegado a conceder de haberse vislumbrado peligrosidad –tanto *erga omnes* como focalizada en la víctima, en base a los arts. 102-104 RP y 67 LOGP– y, en segundo lugar, si una vez concedida hubiese un cambio de condiciones que no permitieran ya mantener el pronóstico de falta de peligrosidad –art. 90.5 CP– el JVP tiene la obligación de revocar la suspensión de la ejecución. Por ello, nunca se va a dar la situación real de peligrosidad que habilite a la víctima a la interposición de dichas medidas de seguridad. Este fallo del legislador se deriva, una vez más, de su falta de coordinación entre la regulación de la LEVD y la reforma del CP operada en 2015, puesto que lo que ha previsto en este apartado podría tener el sentido que, con la regulación vigente no tiene, con el régimen previo.

No obstante lo anterior, incluso el elemento seleccionado por el legislador para apreciar, o no, la peligrosidad –la naturaleza de los hechos delictivos– no resulta, en absoluto, acertado. No lo es en cuanto “medidor de peligrosidad” puesto que, la peligrosidad, puede estar presente en delitos que la ley no califique como hechos graves y, a la inversa, puede no estar patente en hechos sí calificados como graves por la ley, ya que, la misma, es un factor que no solo deriva del hecho cometido, sino, y en más medida, de la personalidad del sujeto o de la relación existente entre víctima e infractor.

En segundo lugar, encontramos la letra b):

“b) Facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado.”

Debemos indicar primeramente que, la imprecisión al indicar “Juez o Tribunal” nos obliga a tener que determinar si ello hace referente únicamente al órgano sentenciador o si también cabe incluir al JVP. Compartiendo la opinión de ARANGÜENA FANEGO diremos que nos decantamos por esta última opción, considerando este precepto como una verdadera cláusula de cierre general extensible a cualquier incidente de ejecución judicializado.

Continuando con la línea crítica que hemos ido desarrollando en cuanto a la descoordinación del legislador español, diremos que en este punto también encontramos otro ejemplo de ello, en la medida en que la LEVD no tiene en cuenta que el art. 80.6 CP limita la obligatoriedad de la audiencia de la víctima por el órgano sentenciador, para la eventual concesión del beneficio de la suspensión de la ejecución, únicamente a los delitos perseguibles previa denuncia o querrela del ofendido, por lo que, si queremos extender dicho trámite a los demás supuestos, se deberá hacer una interpretación extensiva e integradora de este art. 13.2 b).

Para finalizar, nos encontramos con el apartado tres, al cual ya hemos hecho referencia en el análisis de otros apartados y que tampoco queda a salvo de ser criticada:

“3. Antes de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria tenga que dictar alguna de las resoluciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, dará traslado a la víctima para que en el plazo de cinco días formule sus alegaciones, siempre que ésta hubiese efectuado la solicitud a que se refiere la letra m) del apartado 1 del artículo 5 de esta Ley.”

Volvemos a encontrarnos, como apuntamos anteriormente, con la discriminación de las víctimas, según lo sean por los delitos citados en la letra a), o no. De este último apartado se deduce que, al legislador, le debió resultar insuficiente –para ciertas víctimas– la previsión que hace la letra f) del art. 7.1 de la LEVD –la obligación de notificar la resolución judicial, en concreto, de las resoluciones a que se refiere el art. 13 en sus letras a), b) y c)– de la cual pueden hacer uso todas las víctimas que hubieran realizado la solicitud del art. 5.1.m), puesto que, para las que lo sean por alguno de los delitos incluidos en la letra a) del art. 13.1, además de con dicha previsión, cuentan también con la realiza este último apartado 3.

Esta obligación de dar traslado a la víctima para que formule sus alegaciones, pese a haber sido propuesto en un primer momento, durante la tramitación de ley, que fuera el MF quien tuviese que escuchar a la víctima antes de informar, fue finalmente atribuida al JVP por la Comisión de Justicia³⁹. El mismo, según la acepción que de ordinario recibe el término “traslado” utilizado por la norma, debería dar entrega en original o por fotocopia de determinado material del proceso para su conocimiento. Sin embargo, al ser el sentido de este traslado el que las víctimas puedan alegar, se requiere la remisión de una serie de datos de tipo objetivo como el llamado resumen de situación penitenciaria, para que, de esta manera, las alegaciones puedan estar mínimamente fundadas y tener, así, alguna efectividad.

No obstante, si para el anuncio de la presentación del recurso no es necesaria la asistencia de abogado –tal y como indica el art. 13.1 *in fine*– tampoco lo será para la práctica de las alegaciones a que aquí estamos haciendo referencia. Ello ocasionará que, aunque las víctimas cuenten con la información necesaria para poder fundar debidamente las mismas, sus expectativas de efectividad se vean truncadas, siendo lo único que se consiga, la dilatación del procedimiento con las consecuencias negativas que ello acarrea para el penado⁴⁰.

4. Propuesta de cambio.

Tras el correspondiente análisis del art. 13 realizado y las críticas que del mismo se han desprendido, conviene señalar una propuesta de cambio. Si bien es cierto que cada autor –de entre quienes han analizado, como nosotros, esta ley o parte de ella– puede establecer ciertas diferencias en las propuestas que la mayoría de ellos brindan, también es cierto que, en esencia, son coincidentes, pudiéndose agrupar todas ellas –incluida la nuestra– en torno a la ofrecida por el voto particular del Consejo General del Poder Judicial, en el que también nos hemos apoyado con anterioridad para otras cuestiones.

En términos generales, debería cortarse con el ánimo punitivista que, sin duda, emana del legislador, como demuestra el art. 13 de la LEVD. Dicho ánimo “puede

³⁹ RENART GARCÍA, *RECPC*, 17-14, 2015, pág. 43.

⁴⁰ ARANGÜENA FANEGO, en: de Hoyos Sancho (dir.), *La víctima del delito*, 2017, págs. 220 y 221.

complicar el cumplimiento de los fines de la pena en su compleja y delicada interrelación con el respeto debido a los principios de rango constitucional que deben orientar su cumplimiento.” Continuando con las palabras emanadas del voto particular, “dignificar a la víctima del delito es atenderla, escucharla, informarla y protegerla, no generarle cargas innecesarias o inmoderadas expectativas” como hemos podido comprobar que ocurre realmente. Esta última idea nos sirve de hilo conductor para el siguiente epígrafe a desarrollar, el relativo a la justicia restaurativa, ya que, ¿no sería más acertado utilizar la justicia restaurativa como herramienta para, en combinación con el sistema penal, facilitar la intervención –restaurativa, que no retributiva– de la víctima en la fase de ejecución, sin quebrar, así, con la consecución de los fines de la pena impuesta?

Estimamos que habría resultado más acertado encauzar la participación de la víctima a través de la institución pública ya prevista en nuestro ordenamiento para la defensa de sus intereses, como es el MF, materializando la profundización de la relación entre la víctima y el mismo a través de la posibilidad de instar su intervención, pudiendo, el ofendido, solicitarle información o transmitirle cuantos datos, o circunstancias estime convenientes, consiguiéndose así un acceso más directo y una comunicación más fluida entre ambos que brinde una ayuda más realista a la actividad jurisdiccional y menos vacía de contenido e incluso engañosa⁴¹.

III. LA JUSTICIA RESTAURATIVA (ART. 15 DE LA LEY 4/2015 DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO).

1. Modelo elegido por el legislador español frente a la posición que adopta la Directiva europea.

Nos hemos referido en la introducción al distinto esfuerzo que ha realizado el legislador a la hora de desarrollar los arts. 13 y 15 de la LEVD. Así como, respecto del primero, ha ido un paso por delante –aunque equivocado–, respecto de la justicia restaurativa, se ha quedado atrás. Para poder analizar esa carencia o falta de empeño,

⁴¹ FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ GALLARDO, *RDP*roc, Núm. 40, 2015, pág. 74.

debemos empezar por tener una idea en claro de lo que significa la justicia restaurativa y lo que realmente se ha desarrollado en España frente a la visión que se contiene en la Directiva 29/2012/UE.

Podemos decir que la justicia restaurativa, como idea, tiene uno de sus orígenes en 1974, en Canadá, a raíz no solo de las corrientes críticas del Derecho penal, sino también de nuevas corrientes como la victimodogmática y la victimología y, como término concreto, en el Congreso Internacional de Criminología celebrado en Budapest en 1993. La justicia restaurativa constituye una alternativa al sistema penal ortodoxo, pero no la única ya que, paralelamente, podemos encontrar la justicia alternativa –con el modelo alemán como clásico– y la justicia negociada, como es en España la conformidad que evita el juicio una vez iniciado el proceso penal. Tres son los principios fundamentales que diferencian esta nueva concepción de justicia de la tradicional: es un proceso comunicacional, donde se expresan las necesidades y emociones de ambas partes; partes cuya presencia es indispensable; y del que puede surgir un acuerdo⁴². Es decir, la justicia restaurativa se aleja de la idea del delito como mera violación de una norma jurídica, siendo, lo que pretende, abordar el delito entendido como un conflicto entre las partes, llegando a la pacificación no desde el castigo o la pena sino desde el diálogo y la reparación⁴³.

Como todo, y más aún respecto de ideas novedosas como lo es esta visión, recibe críticas o crea debates, entre los que destaca si ha de concebírsela como un modelo alternativo o complementario al clásico. Ahora conviene simplemente dejar apuntada la duda, sobre la que volveremos más adelante.

La justicia restaurativa no constituye un único mecanismo, más bien, engloba distintas vías o técnicas, entre las que se encuentra la mediación, modalidad escogida por la LEVD para transponer lo que la norma europea señala en cuanto a este ámbito. ¿es suficiente dicha elección?, para responder debemos primeramente conocer las palabras de la Directiva⁴⁴.

⁴² CASTILLEJO MANZANARES, en: de Hoyos Sancho (Dir.), *la víctima del delito*, 2017, pág. 275 - 277.

⁴³ FRANCÉS LECUMBERRI, *RECPC*, Núm. 3, 2018, pág. 5.

⁴⁴ TAMARIT SUMALLA, en: Tamarit Sumalla/Villacampa Estiarte/Serrano Masip (coords.), *El estatuto de las víctimas*. 2015, pág. 309-313.

En primer lugar, se ha de señalar que la Directiva se aleja bastante de su predecesora, la DM 2001, al ser que esta última simplemente hacía referencia a la mediación penal, mientras que la primera se abre también a otras prácticas restaurativas distintas.

Si bien es cierto que la Directiva realiza una previsión muy genérica en su art. 12, dejando un margen muy amplio de decisión a los Estados, al no reconocer de modo expreso un derecho de las víctimas a acceder a los servicios de justicia restaurativa – aunque se presupone al decirse “aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora”– y dejando en manos de aquéllos la regulación de los supuestos, las condiciones de la remisión de casos y los efectos jurídicos, también lo es que el preámbulo de la norma europea ofrece elementos relevantes para interpretar el contenido de su art. 12 del siguiente modo. El criterio claro que se desprende es el de no establecer ninguna exclusión apriorística de acceso a la justicia restaurativa, es decir, que la exclusión a la misma no deba hacerla de modo generalizado el legislador, sino que deben ser quienes deban tomar la resolución de derivar, o no, un caso, quienes hayan de ponderar los riesgos y oportunidades en cada caso concreto, estableciéndose, por ende, un modelo tutelar pero no paternalista. Modelo que, en consecuencia, lo que exige es que se tenga en cuenta la compleja realidad victimológica ajustándose así al principio de individualización, teniendo los Estados que dotar a la Administración de justicia con el apoyo técnico necesario para que, el juez o fiscal competente, pueda tener asistencia profesional especializada en la toma de decisiones.

Podemos resumir las condiciones señaladas por la Directiva del siguiente modo:

- a) La justicia restaurativa ha de redundar en interés de la víctima, atendiendo a su seguridad. En este sentido es preciso recordar que la seguridad también hace referencia a que no se sufra una victimización secundaria.
- b) El consentimiento libre e informado de la víctima.
- c) El reconocimiento de los elementos básicos del caso, por parte del infractor.
- d) La voluntariedad de los acuerdos y la posibilidad de que los mismos puedan tener efectos en el proceso penal, señalando cuáles serían tales efectos.

e) La confidencialidad, respecto de la cual, la Directiva no especifica a quién obliga, dejándolo en manos de la decisión de los Estados. Referente a este punto, es preciso también señalar que la norma no dice quién es la figura del facilitador, expresándose así que no existe un modelo único de justicia restaurativa y que hay que estar abiertos a todos ellos según convenga a cada caso concreto.

Una vez analizada la perspectiva de la Directiva, pasamos a ver cuál ha sido la transposición realizada por nuestro legislador. A grandes rasgos, son tres los elementos que más chocan con lo que la Directiva proyecta:

El primero de ellos es, que mientras que la Directiva aboga por la justicia restaurativa contemplando todas sus posibles modalidades, en España, el art. 15 de la LEVD, pese a llamarse “servicios de justicia restaurativa”, únicamente se refiere a la mediación penal, la cual podemos definir⁴⁵ como “la modalidad de intervención de un tercero mediador sobre situaciones de conflicto que han dado lugar a intervención judicial de carácter penal”.

El segundo, se refiere al carácter claramente paternalista por el que ha optado el legislador español frente al que debiera de ser tutelar, al excluir de antemano y sin lugar a opción a víctimas de ciertos delitos del acceso a los servicios de justicia restaurativa.

Y, en tercer lugar, que no se haya tenido en cuenta la indicación que realiza la Directiva en cuanto a la importancia de determinar, de manera clara y concisa, el procedimiento, así como los efectos que vaya a tener en el proceso penal.

2. Efectividad real del precepto.

Una vez contextualizado el concepto genérico de justicia restaurativa dentro del ámbito de la Directiva europea en relación con la LEVD, pasamos a continuación a

⁴⁵ FRANCÉS LECUMBERRI, *RECPC*, Núm. 3, 2018, pág. 9.

analizar la posibilidad que brinda el art. 15, así como sus aspectos que merezcan ser criticados o, cuando menos, puestos en tela de juicio.

Sin duda, la necesaria transposición de la Directiva ha sido una oportunidad perdida de haber regulado de forma más extensiva el ámbito de la justicia restaurativa que, en España, había estado siempre en la sombra, a excepción de la escueta incidencia que realiza la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor y el Reglamento que lo desarrolla, en este campo. Desde entonces, esta modalidad de justicia no había tenido mayor protagonismo hasta la llega de la LEVD, cuyo art. 15 reza lo siguiente:

“1. Las víctimas podrán 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, cuando se cumplan los siguientes *requisitos*:

a) el infractor haya reconocido los *hechos esenciales* de los que deriva su responsabilidad;

b) la *víctima* haya prestado su *consentimiento*, después de haber recibido *información exhaustiva e imparcial* sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;

c) el *infractor* haya prestado su *consentimiento*;

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;

y e) no esté *prohibida por la ley* para el delito cometido.

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán *confidenciales* y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a *secreto profesional* con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

3. La víctima y el infractor *podrán revocar su consentimiento* para participar en el procedimiento de mediación *en cualquier momento*.”

En primer lugar y siguiendo el orden del art. 15, es necesario comentar la *reparación material y moral* a la que alude el primer párrafo. Para su correcto análisis, se debe de poner en relación con la previsión que hace al respecto el preámbulo de la LEVD al afirmar que, la misma, supera las diferencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la *desigualdad moral* que existe entre ambos. Teniendo esta idea en mente, parece ser que el art. 15 ya no produce la misma satisfacción que podría generar con un primer vistazo, al ser que, en contra de toda idea restaurativa, deja al margen a la persona infractora, negándole toda clase de beneficios que se pudieran generar para ella.⁴⁶ Una vez contemplado el sesgo moral que establece, sin escrúpulos, la ley, debemos fijar cuál es el contenido que ha de colegirse del término “reparación”, para lo cual nos apoyaremos en las palabras de FRANCÉS LECUMBERRI⁴⁷. Podríamos analizar su contenido desde un punto de vista puramente jurídico, siendo que tanto el CP como la LECrim recogen expresamente el concepto de reparación como responsabilidad derivada de la obligación de reparación de los daños y perjuicios causados por el autor, de la cual se deriva la reparación del daño, que podrá consistir en obligaciones de dar, hacer, o no hacer –arts. 109, 110 y 112 CP–, responsabilidad que se extiende no solo a la indemnización del agraviado, sino también de sus familiares o terceros –art. 113 CP–. No obstante, la reparación del daño no es un fin en sí mismo del Derecho penal –aunque quizás sí lo debiera de ser, como analizaremos *a posteriori*– sino que coadyuva a los fines del mismo, mientras que en la justicia restaurativa y en concreto en la mediación, la reparación sí que resulta ser un fin en sí mismo. Es por ello que el término debe de ser valorado desde un punto de vista más amplio, debiendo ser una reparación adecuada para cada caso concreto,

⁴⁶ CASTILLEJO MANZANARES, en: de Hoyos Sancho (Dir.), *la víctima del delito*, 2017, pág. 282.

⁴⁷ FRANCÉS LECUMBERRI, *RECPC*, Núm. 3, 2018, pág. 19 y 20.

lo cual deberá ser apreciado por los correspondientes profesionales intervinientes en el proceso.

En segundo lugar, lo que la Directiva exigía como necesidad de reconocimiento de los *elementos básicos* del caso por parte del infractor, ha sido “traducido” por la LEVD como “*hechos esenciales* de los que deriva su responsabilidad”. A priori puede parecer que ambos conceptos no quieren decir lo mismo, sin embargo, en esencia son sinónimos. Lo que debemos entender de este requisito es que el infractor debe de reconocer que los hechos que constituyen el conflicto han ocurrido, es decir, su existencia –puesto que es esto mismo lo que va a ser objeto de mediación– no ya el significado de los mismos, si se le imputan o no, o las consecuencias jurídicas que deban o no derivarse. Es por ello que, si la persona denunciada niega de manera inicial y expresa los hechos ocurridos, así como su participación en ellos, no habrá lugar a la derivación del asunto a la esfera de la mediación penal.⁴⁸

En tercer lugar, estamos con FRANCÉS LECUMBERRI al decir que, si bien es cierto que el art. 15 entre los requisitos que exige, recoge la necesidad de que ambas partes presenten su consentimiento para la derivación a los servicios restaurativos –debiendo señalarse también que en el Anteproyecto tan solo se recogía como requisito el consentimiento de la víctima, pero no del infractor–, se evidencia una diferencia fundamental, que debe ser criticada, al decirse respecto de la víctima pero no del infractor, que el de aquélla será un consentimiento informado, es decir, que previamente deberá de haber “recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento.” Aun así, debe de entenderse que el infractor también debe de recibir previamente toda la información necesaria e imparcial, del mismo modo que la parte ofendida. Es de vital importancia, por tanto, que al consentimiento de ambas partes lo podamos adjetivar de voluntario, libre, espontáneo y consciente.

En tercer lugar, respecto del requisito previsto en la letra d), se hace necesario volver a arrojar la misma crítica anterior. Se habla de que el proceso no debe entrañar riesgo para la seguridad *de la víctima*, pero nada se dice de la del infractor, dejándose ver

⁴⁸ FRANCÉS LECUMBERRI, *RECPC*, Núm. 3, 2018, pág. 23-26.

de nuevo que, en contra de la naturaleza de cualquier vía de justicia restaurativa, el legislador a la hora de desarrollar este precepto solo tuvo en mente a la víctima. No obstante, debe realizarse, como se hizo respecto del consentimiento, una interpretación correctora, siendo así que esta garantía de seguridad la tienen todas las partes y deberá de ser asegurada por las personas que trabajen en las Oficinas de Atención a la Víctima así como por aquellas que tengan el encargo de llevar a cabo la mediación⁴⁹.

En cuarto lugar, debemos indicar la prohibición que hace el art. 15 en su letra e) de derivación apriorística en contra de toda indicación de la Directiva europea. No solo es ello criticable, sino también el modo impreciso en que lo hace, puesto que se limita a señalar que la derivación a la mediación no será posible cuando la ley lo prohíba para el delito cometido. Un ejemplo de esta limitación es la que se contiene en el art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004 para los delitos de violencia de género. Es una cuestión muy controvertida si es, o no, oportuno dejar al margen a ciertos tipos delictivos, pero, lo que sí es cierto es que, si se hubiese optado por un sistema casuístico, en el que la derivación se estimara conveniente en base a las circunstancias concretas de cada caso –las personas que lo protagonizan, la significación subjetiva de los hechos y las relaciones existentes entre las partes– apreciadas por el juzgador y posteriormente por quienes lleven el proceso de mediación, al menos se habría ajustado mejor a las condiciones que establece, como hemos visto anteriormente, la Directiva⁵⁰.

En último lugar, cabe señalar una serie de carencias que presenta este precepto, las cuales habrían sido de interés que se hubiesen incluido para redundar en su claridad y facilidad de comprensión, así como en su efectividad real. A modo de resumen, estas cuestiones son: mención a la gratuidad; oficialidad, siendo que la derivación “le corresponde al órgano jurisdiccional previo acuerdo o a iniciativa del MF, de otra Acusación o del abogado defensor”; y flexibilidad, adaptándose a las circunstancias concretas de cada caso, del proceso. Asimismo, también se echa en falta una mención a la formación de la personas mediadoras, así como a los principios fundamentales de neutralidad, objetividad e imparcialidad que deberían de estar presentes en su Estatuto.⁵¹ Algo que, imprescindiblemente, también debiera de haberse referenciado, es la regulación

⁴⁹ FRANCÉS LECUMBERRI, *RECPC*, Núm. 3, 2018, pág. 27 y 28.

⁵⁰ CASTILLEJO MANZANARES, en: de Hoyos Sancho (Dir.), *la víctima del delito*, 2017, pág. 292 y 293.

⁵¹ FRANCÉS LECUMBERRI, *RECPC*, Núm. 3, 2018, pág. 28 y 29.

de las consecuencias que la mediación tendrá en el proceso penal, así como el procedimiento de la misma y los momentos del proceso penal en los que puede tener lugar la derivación, con la consiguiente necesidad, para todo ello, de hacer una remisión expresa a las normas establecidas en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, así como la de modificar la LECrim⁵². Si bien la LEVD establece los requisitos que han de concurrir para poder acceder a los servicios de justicia restaurativa, no contiene regulación sobre el servicio en sí mismo, limitándose a indicar que se podrá acceder “en los términos que *reglamentariamente* se determinen” cuando, al menos, la regulación debiera de contenerse en una norma de rango legal y no en un reglamento, puesto que el proceso de mediación se da dentro del contexto del proceso penal⁵³ pudiendo llegar incluso a tener cierta incidencia en el mismo si tenemos en cuenta la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 CP. Para finalizar, consideramos también necesaria la eliminación de la concepción del servicio de justicia restaurativa como un *servicio* para la víctima, sustituyendo y recogiendo como lo que verdaderamente es; un modelo de justicia restaurativa entre otros, los cuales también deberían de brindarse a las partes, como otras opciones de formas de intervención en la resolución de conflictos, siendo así más fieles a la Directiva⁵⁴.

3. ¿Es necesario un nuevo enfoque del Derecho penal?

Ahora que ya sabemos qué es lo que se debiera de haber regulado y qué es lo que realmente se regula respecto de la justicia restaurativa, podemos pasar a analizar una cuestión más global y abstracta, como es el enfoque que debemos darle al Derecho penal, resolviendo, para ello, la duda que antes apuntábamos: ¿ha de concebirse la justicia restaurativa y, en concreto, la mediación, como un modelo alternativo? ¿o complementario al clásico?

Para poder llegar a obtener una respuesta bien fundada debemos, como primer paso, aludir al *principio de necesidad de la pena*. Dicho principio no viene regulado de manera expresa en nuestra CE, sino que ha sido la doctrina penal la que lo ha recogido

⁵² FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ GALLARDO, *RDPProc*, Núm. 40, 2015, pág. 79.

⁵³ FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ GALLARDO, *RDPProc*, Núm. 40, 2015, pág. 79.

⁵⁴ FRANCÉS LECUMBERRI, *RECPC*, Núm. 3, 2018, pág. 35.

como principio general, limitador y legitimador del *ius puniendi* –al que tantas veces hemos hecho ya referencia en este trabajo– incardinado dentro del *principio de subsidiariedad*, el cual, como sabemos, limita recurrir al Derecho penal solo cuando otras medidas jurídicas o de otro carácter no sean suficientes, lo cual constituye una cuestión de apreciación de la idoneidad de cada herramienta, de cara a la protección de las agresiones que pueden sufrir los bienes jurídicos protegidos. Si una vez realizada dicha apreciación se ha llegado a la conclusión de que es *necesario* desplegar los mecanismos con los que cuenta el sistema penal, debe tenerse en cuenta que, aquí, también despliega sus efectos el principio de necesidad, en la medida en que se relaciona con los fines de la pena: la prevención especial, prevención general positiva y negativa, retribución –al menos de facto– así como la resocialización –art. 25.2 CE–. Pero es que, la incidencia de este principio no termina aquí, puesto que, si en base al *principio de culpabilidad* se ha determinado que a un concreto sujeto se le puede responsabilizar de unos hechos constitutivos de delito, la forma en que el infractor cumpla con la consecuencia jurídica que se derive, como puede ser la pena, estará también mediada por el principio de necesidad, que determinará la mínima intervención así como la correcta individualización⁵⁵.

¿Debe llevarnos la significación de este principio a concluir que la justicia restaurativa ha de *sustituir*⁵⁶ al Derecho penal? no, justamente, lo que debemos entender tras su análisis es que, como todo, y si se me permite la expresión, nada es blanco o negro, sino que después de un correcto examen de cada situación, aunque lo que se decida sea que la justicia restaurativa es suficiente y, por ende, no se aplique el Derecho penal o, al contrario, se estime que la misma no pueda ser aplicada sino que deba serlo el proceso penal, la justicia restaurativa va a constituir un sistema *complementario*, no queriendo decir ello que sea menos que el Derecho penal puesto que, si el principio de necesidad nos hace “escoger” entre el mismo u otras medidas jurídicas o de otro carácter –donde se encuentra la justicia restaurativa– en base al criterio antes descrito de idoneidad, esto nos

⁵⁵ VARONA MARTÍNEZ, en: Juanatey Dorado/Sánchez-Moraleda Vilches, *Derechos del condenado*, 2018.

⁵⁶ Siendo éste el significado que se le quiere dar a la palabra *alternativo* cuando se utiliza en la cuestión de si la Justicia alternativa ha de ser complementaria o alternativa, en base a la acepción quinta recogida por la RAE: “Cada una de las cosas entre las cuales se opta” o tercera: “En actividades de cualquier género, especialmente culturales, que difiere de los modelos oficiales comúnmente aceptados”, y no refiriéndonos, por tanto, a su primera acepción: “Que se dice, hace o sucede con alternación”, puesto que entonces las dos posibles respuestas a la pregunta no distarían tanto entre sí.

hace partir de que ambas opciones son válidas, dependiendo por tanto de cada caso concreto. Es más, antes que sistemas opuestos, diríamos que los mismos pueden y deben servirse de ayuda –complementarse–, más aún teniendo en cuenta el carácter voluntario de la justicia restaurativa, lo cual rechaza la idea de abolir el Derecho penal al ser el mismo el que deberá dar respuesta si la víctima no desea participar en, por ejemplo, la mediación penal⁵⁷.

Una vez hemos afirmado que ambos sistemas han de ser complementarios, vamos a pasar a analizar en qué manera pueden complementarse y por qué ello podría ser positivo. Como hemos dicho anteriormente, debemos contemplar su complementariedad desde el punto de vista del principio de necesidad, lo que hará que, en un primer término, debamos cuestionarnos la pertinencia y adecuación de cada uno de ellos, no en base a criterios objetivos, sino siempre teniendo en cuenta el caso particular al que nos enfrentemos. Este resultará ser, seguramente, el momento más delicado de la elección, puesto que no debemos olvidar los peligros que entraña una mala elección, como es la victimización secundaria de la víctima, de ahí la gran importancia de asegurar un consentimiento libre e informado de ambas partes, sobre el que hemos hecho hincapié en el anterior apartado. Asimismo, debemos tener en cuenta que las consecuencias negativas no son fruto de situaciones irreales o muy poco probables, sino que están presentes de forma constante, bien por las circunstancias que le presionan a la víctima a participar en la mediación⁵⁸, bien por la voluntad o el arrepentimiento no tan sincero que pueda mostrar el posible acusado debido a los beneficios que puede suponer su participación en la mediación⁵⁹.

En consecuencia, habremos de optar por aplicar la justicia restaurativa solamente cuando los profesionales tengan seguridad –si no total, puesto que es imposible, sí elevada– de que su aplicación va a tener consecuencias positivas en ambas partes. Cuando haya dudas de su beneficio, deberá optarse por el sistema clásico penal. Es en esta segunda tesitura donde se pone de relieve el mayor grado de complementariedad del Derecho penal

⁵⁷ CHRISTIE, *NDP*, 2007, pág. 4.

⁵⁸ CHRISTIE, *NDP*, 2007, pág. 5.

⁵⁹ NISTAL BURÓN, Orozco Pardo/Monereo Pérez (dirs.), *Tratado de mediación*, 2015, pág. 469.

ortodoxo y los sistemas de justicia restaurativa, como pueda ser la mediación penal, del siguiente modo.

La justicia restaurativa parte del supuesto de que el delito es un problema social, que surge en dicha sociedad y debe resolverse por la misma⁶⁰, lo cual se topa con el contexto actual de populismo penal, en el cual el sistema de justicia penal gira exclusivamente sobre la noción de castigo. Para superar esa barrera se debe avanzar hacia un sistema híbrido que evite recíprocamente dicho populismo punitivo y logre la reparación de las víctimas, quienes cuando reclaman justicia, muchas veces no lo hacen referenciando el castigo sino el apoyo y la solidaridad en forma de reconocimiento, avanzando así hacia una reciprocidad positiva y no punitiva⁶¹. La justicia restaurativa ha demostrado ser positiva en cuanto a reducción de sentimientos de estrés postraumático, ira, resentimiento e inseguridad⁶², sin embargo, muestra también una serie de inconvenientes⁶³ al ser aplicada, entre los que destacan: que el proceso se pueda llevar a cabo de forma forzada; que se desencadene en una justicia de clase, en tanto que los acuerdos alcanzados normalmente pasan por la restitución económica de la víctima; o que provoque una falta de seguridad jurídica al ofrecer un tratamiento desigual para los mismo hechos delictivos.

En contra de la afirmación que realiza CHRISTIE⁶⁴ al tratar la fusión de la mediación y el derecho penal, diciendo que de la combinación se obtiene lo peor de ambos, nosotros diremos que de su conjunción se podrían desprender claros beneficios que a continuación aludiremos. No obstante, es cierto que para que ello tenga lugar ha de concretarse cuál es el momento más adecuado en el que ambos sistemas deben complementarse. Al ser, como hemos dicho anteriormente, que la justicia restaurativa hace un llamamiento a la sociedad para que la misma se involucre, procurando su corresponsabilización en la prevención y evitación del delito, así como en el tratamiento del delincuente y en su reinserción social, es la *fase de ejecución de la pena privativa de libertad* el momento que más posibilidades ofrece para conseguir este objetivo⁶⁵, al mismo tiempo que logra que las objeciones que

⁶⁰ NISTAL BURÓN, Orozco Pardo/Monereo Pérez (dirs.), *Tratado de mediación*, 2015, pág. 469.

⁶¹ VARONA MARTÍNEZ, en: Juanatey Dorado/Sánchez-Moraleda Vilches, *Derechos del condenado*, 2018.

⁶² VARONA MARTÍNEZ, en: Juanatey Dorado/Sánchez-Moraleda Vilches, *Derechos del condenado*, 2018.

⁶³ CASTILLEJO MANZANARES, en: de Hoyos Sancho (Dir.), *la víctima del delito*, 2017, pág. 280.

⁶⁴ CHRISTIE, *NDP*, 2007, pág. 5.

⁶⁵ NISTAL BURÓN, Orozco Pardo/Monereo Pérez (dirs.), *Tratado de mediación*, 2015, pág. 469.

se pueden plantear a la mediación, pierdan su razón de ser cuando ésta tiene lugar una vez pronunciada la sentencia condenatoria⁶⁶.

En cuanto a la desacreditación de ciertas objeciones diremos lo siguiente⁶⁷. En primer lugar, el hecho de que el principio de presunción de inocencia así como el derecho a no declararse culpable puedan quedar en entredicho ante un proceso de mediación, si la misma se realiza una vez ya ha tenido lugar la sentencia condenatoria, tal presunción de inocencia ya habrá quedado destruida y se tratará, por ende, solamente de aquellos hechos que son ciertos y constitutivos de delito; en segundo lugar, es común escuchar que la justicia restaurativa hace que parezca que el delito cometido no es un verdadero delito, o que solo es una infracción leve, es decir, que pierde el efecto simbólico característico del Derecho penal, sin embargo, en este caso, la condena ha supuesto ya la determinación de los hechos considerados probados y el grado de responsabilidad del delincuente, consagrándose así la vertiente pública del delito –ya que no podemos olvidar que la comisión de un delito no afecta solo a quien es el ofendido directo o indirecto sino también al conjunto de la sociedad, puesto que pierde la confianza en el sistema que trata de protegerla al demostrarse que ha fallado–. No obstante, es cierto que otras objeciones siguen teniendo vigencia aun teniendo lugar la mediación tras la condena, como es la posible falta de voluntad sincera de reconciliación en el autor, o la denominada justicia de clase, ante la cual algunos autores como CASTILLEJO MANZANARES⁶⁸ proponen la creación de un fondo de compensación por el Estado que sirva para el pago de las indemnizaciones que el autor del delito no pueda sufragar.

Retomando la idea de los beneficios que el sistema híbrido puede ofrecer en el momento de la ejecución de la pena, nos disponemos a exponer lo que sigue⁶⁹. La intervención de la víctima en esta fase, no del modo ya analizado que establece el art. 13 LEVD sino mediante la mediación del art. 15, supone la introducción de la reparación del daño a la víctima entre los fines de la pena privativa de libertad. Dicha actividad reparadora debe ser el cauce para solicitar los beneficios penitenciarios, es decir, para

⁶⁶ FARALDO CABANA, en: *Homenaje al prof. Mir Puig*, 2017, pág. 966.

⁶⁷ FARALDO CABANA, en: *Homenaje al prof. Mir Puig*, 2017, pág. 966 y 967.

⁶⁸ CASTILLEJO MANZANARES, en: de Hoyos Sancho (Dir.), *la víctima del delito*, 2017, pág. 280.

⁶⁹ NISTAL BURÓN, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Núm. 26, 2012, pág. 120-122 y 128.

lograr la resocialización del penado que establece nuestra CE. Dicho efecto positivo se consigue a través de las siguientes consideraciones:

La protección de la víctima permite cumplir con los fines “tradicionales” de la pena. La prevención general positiva, que tiene como destinatario la sociedad en su conjunto, se ve reforzada al comprobar, los ciudadanos, que el responsable asume los hechos y compensa a la víctima, lo que refuerza su confianza en el sistema punitivo. En su vertiente negativa –la cual se dirige a los potenciales infractores–, si existiese una verdadera concepción de una necesaria satisfacción a la víctima, la coacción psicológica que ejerce la pena, sería aún mayor. Respecto de la prevención especial, la cual pretende influir de manera directa sobre la figura del infractor para que asuma su responsabilidad con la sociedad y demuestre poseer la capacidad e intención de vivir con respeto a la Ley penal, dicha responsabilidad no se consigue en abstracto sino en concreto, mediante la intervención de la víctima, consiguiéndose así una *auténtica* reinserción. Por último, en cuanto a la retribución como fin, y no asimilándola a la pura venganza, resulta más complicado determinar si la restauración es compatible, o no, con ella. Los hay quienes entienden que, no solo es compatible, sino que la exige⁷⁰, mientras hay quienes afirman que, llegado cierto momento, se hace necesario que la carga retribucionista ceda en favor de otros fines legítimos de la pena⁷¹.

Asimismo, además de comprobarse que permite el cumplimiento de los fines de la pena, incluso mejorándolos, como queda patente con la contribución al sentimiento de justicia en la sociedad así como con el importante efecto resocializador que aporta, también se consigue mejorar la asistencia de la víctima, puesto que le posibilita un escenario en el que poder ser escuchada, no solo para prestar declaración sino para poder manifestar todas aquellas inquietudes que le puedan nacer, reduciéndose así los efectos de victimización secundaria y evitando el olvido de la víctima tan percibido por la sociedad.

Por último, debemos dejar en claro que la justicia restaurativa a la que hacemos referencia ha de referirse, en todo momento –y aunque aquí estemos enfocando más el

⁷⁰ CHRISTIE, *NDP*, 2007, pág. 5 y 6.

⁷¹ NISTAL BURÓN, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Núm. 26, 2012, pág. 122.

análisis a la parte pasiva del delito– a un modelo integrador, que procure los intereses, expectativas y exigencias de ambas partes. No debe entenderse que la reparación de los perjuicios sufridos por las víctimas excluya la posibilidad de respetar los derechos de los delincuentes del mismo modo que los de las víctimas, sino que, más bien, ambos bloques han de quedar incardinados en un sistema de garantías acorde con la declaración de los Derechos Humanos.

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

1. Conveniencia, o no, de regular ambas cuestiones en un mismo cuerpo legal.

Una vez realizado lo que constituye el núcleo principal de este trabajo –analizar los arts. 13 y 15 de la LEVD– pasamos a realizar lo que resta, esto es, tratar de averiguar si es conveniente o acertado que ambos preceptos, que regulan aspectos tan diferentes, queden incorporados en una misma ley, en este caso en la LEVD. Para ello, se vuelve necesario que, previamente, nos preguntemos si la intervención de la víctima en la ejecución de la pena de la manera en que lo regula el art.13, y la justicia restaurativa, de la que se encarga el art.15, son compatibles, o no.

La idea que hemos venido referenciando constantemente de que el legislador se ha quedado atrás con el desarrollo del art. 15 mientras que ha tensado en exceso la cuerda respecto del art. 13, evidencia que ha sido movido por una nueva corriente que cada día gana más fuerza: el llamado *derecho de la víctima al castigo del autor*. Para poder transmitir correctamente una idea resumida de lo que la misma viene a decir, lo haremos guiados por las reflexiones de SILVA SÁNCHEZ⁷².

Debemos destacar en primer lugar que existen dos grandes fundamentaciones a esta doctrina. La primera, expresada por REEMTSMA se basa en que el daño inmaterial sufrido por la víctima solamente cesará cuando se le responsabilice al autor mediante el

⁷² SILVA SÁNCHEZ, *DPyC*, Vol. 29, núm. 86-87, 2008, pág. 165-171.

castigo penal. No quiere decir ello que el daño se elimine, pero sí que deja de producirse puesto que, de otro modo, el mismo continuaría. La segunda corresponde a FLETCHER y GÜNTHER quienes afirman que la función del castigo es restablecer la igualdad entre autor y víctima, la cual ha quedado rota por el delito. No todos los seguidores de esta doctrina, sin embargo, exigen un castigo efectivo del autor, los hay quienes, desde otra perspectiva, afirman que la víctima tiene un interés en la emisión de un juicio de reproche sobre el autor. Solamente los primeros hablan de un verdadero derecho de la víctima al castigo del autor, lo cual conduciría, necesariamente, a un deber del Estado. Lo más importante aquí es hacer hincapié en que el *ius puniendi* del Estado decaería, puesto que dicho derecho se habría de aplicar independientemente de una necesidad preventiva, que es la que, junto con otros fines de la pena, legitima al Estado a hacer efectivo su monopolio. Dicho castigo sin razones preventivas no mostraría otra cosa que venganza institucionalizada.

Para continuar con el análisis de esta teoría, centrándonos ahora en el marco del derecho español, se hace necesario aludir al propio nombre que recibe: derecho de la *víctima* al castigo del autor, ya que exterioriza una acción de prejuzgar al asumir, antes de que tenga lugar cualquier proceso penal que constate el hecho antijurídico, que ya existe una víctima, cuando debiera llamarse *presunta víctima*.

Este derecho no se encuentra recogido en el ordenamiento interno de nuestro país, y no debe confundirse con otros derechos que sí ostenta la víctima, tales como: el derecho de la víctima a perdonar excepcionalmente ciertos delitos de modo vinculante para el Estado, así como el derecho a renunciar a la persecución de delitos que requieren una iniciativa de parte mediante denuncia o querrela, los cuales sí que es cierto que muestran una cierta capacidad de la supuesta víctima para influenciar en el *ius puniendi* del Estado. Por otro lado, encontramos el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que tampoco puede entenderse como un derecho a castigar, puesto que lo que habilita es un derecho a la acción –*ius ut procedatur*– es decir, a que se aplique el *ius puniendi* para que, si posteriormente se constata el injusto culpable, se apliquen las normas legales, lo cual no es equiparable a un derecho material al castigo, que corresponde en exclusiva al Estado.

No obstante, pese a la falta de existencia en nuestro país de dicho derecho, éste es utilizado de manera populista y con fines electoralistas⁷³ –como vimos al tratar el art. 13– alegándose que la pena produce efectos beneficiosos en las víctimas⁷⁴. Sin embargo, cuando se quiere mostrar condolencia o solidaridad hacia alguien, lo lógico es que las acciones se dirijan sobre esa persona y no sobre otra distinta como es el infractor, ¿cómo puede aliviar el sufrimiento de la víctima la causación de un mal a otro? ¿no sería acaso mejor centrar los esfuerzos en reparar los perjuicios sufridos por la víctima a través de la complementación de la justicia restaurativa y el sistema penal clásico?⁷⁵

En resumen, la doctrina que defiende la existencia de un derecho de la víctima al castigo del autor, pese a no estar recogida en nuestro ordenamiento, es utilizada en la política criminal de hoy en día, produciendo regulaciones como la intervención de la víctima en la ejecución de la pena –art. 13– lo cual se muestra claramente incompatible con la justicia restaurativa –la anterior deja ver un afán vengativo mientras que esta no, puesto que reparar no es vengar–. Debido justamente a esa incompatibilidad fue que el legislador, frente a la exigencia de transponer la Directiva 29/2012/UE en la cual sí se exigía la regulación por los ordenamientos internos de la justicia restaurativa, lo transpuso mediante el ya analizado art. 15, que deja mucho que desear desde la visión que proyecta la norma europea. Digamos que se ha dado una suerte de oportunidad para que la justicia restaurativa saliera de la sombra en España, pero que esa suerte no ha sido debida a una verdadera voluntad del legislador sino a su obligación frente a Europa.

Siendo que los arts. 13 y 15 son, en esencia, incompatibles, lo apropiado habría sido, de quererse mantener ambos en un mismo cuerpo legal, modificar el art. 13 en los términos que anteriormente desarrollamos y extender el contenido del art.15 en los términos que también puntualizamos en el correspondiente apartado. Aun así, sería conveniente contemplar la posibilidad de regular todo el ámbito de la justicia restaurativa –quedando abierta a otras modalidades además de la mediación penal– en otro texto legal independiente que no sea la LEVD, ya que ésta hace referencia al conjunto de derechos de la víctima y, siendo que la justicia restaurativa no debe ser un servicio de la misma

⁷³ GIL GIL, *Homenaje al prof. Mir Puig*, 2017, pág. 323.

⁷⁴ GIL GIL, *Homenaje al prof. Mir Puig*, 2017, pág. 325.

⁷⁵ GIL GIL, *Homenaje al prof. Mir Puig*, 2017, pág. 326-328.

sino un modelo de justicia que puede reportar beneficios en ambas partes, no debiera de quedar contemplado en el estatuto de una sola de ellas.

2. Aspectos positivos y negativos de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito.

Estimamos conveniente, para finalizar con este trabajo, realizar un balance global de pros y contras de la LEVD donde, por supuesto, destacan los dos preceptos que han sido analizados.

Comenzaremos por los aspectos positivos⁷⁶ puesto que nos llevará menos líneas desarrollarlos. Podemos comenzar señalando la intención positiva que puede mostrar el hecho de establecer un estatuto para la víctima, donde queden recogidos todos sus derechos, siendo que, además, a excepción de ciertos artículos, tales derechos lo son para todas las víctimas independientemente del delito sufrido. Así mismo la cobertura de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas se extiende a todas ellas. Por último, si bien es cierto que no se ha desarrollado de la mejor manera, al menos, ahora, la justicia restaurativa sí queda mencionada expresamente en un texto legal.

No obstante, los aspectos negativos⁷⁷ que pueden ser señalados superan con creces a los positivos, tales son, en rasgos generales: por un lado, en cuanto al aspecto formal de la LEVD, debemos decir que la misma no es clara y contiene duplicaciones, reiteraciones e incluso contradicciones con ella misma y con otras leyes, como las que hemos ido viendo respecto del CP. Por otro lado, respecto de su aspecto material, resulta ser que, aunque pueda parecer que acoge a todas las víctimas como hemos señalado anteriormente, también es cierto que existen artículos como es el 13, que supone una clara discriminación de las mismas según sean víctimas por uno u otros delitos, dándosele prioridad a las víctimas de terrorismo entre todas las demás. Asimismo, dicha discriminación se muestra patente no solo respecto de otras víctimas sino también respecto del propio infractor, puesto que se desprende una posición jurídica de la víctima superior a la del condenado, lo que podría afectar a sus derechos constitucionales. Otro aspecto negativo que podemos

⁷⁶ GÓMEZ COLOMER, *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, 2015, págs. 411-412.

⁷⁷ GÓMEZ COLOMER, *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, 2015, págs. 408-411.

comentar es que tampoco se han llevado a cabo las correspondientes modificaciones que implica esta ley en otras normas como es, por ejemplo, la LECrim, la cual debiera de adecuarse a la LEVD. Por último, quitando las críticas que ya hemos efectuado a los arts. 13 y 15, el aspecto negativo de mayor calado es la expresa mención que realiza la LEVD al coste cero que ha de implicar su aplicación, y es que ¿cómo se pretende que esta ley pueda tener una aplicación real, con toda la carga de trabajo que supone tanto para las Oficinas de Asistencia a las Víctimas como para los JVP, sin destinarse ninguna clase de recurso ni humano ni económico a su implantación?

V. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- ARANGÜENA FANEGO, C. (2017). Participación de la víctima en la ejecución penal. En M. de Hoyos Sancho (directora), *la víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*. Págs. 201-232. Cizur Menor: Aranzadi. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6017946>
- CASTAÑÓN ÁLVAREZ, M.J. Estatuto de la víctima: consideraciones críticas a la nueva Ley 4/2015. En *Diario La Ley*. Núm. 8685, 2016. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5304751>
- CASTILLEJO MANZANARES, R. (2017). Justicia restaurativa, mediación penal y víctimas. En M. de Hoyos Sancho (directora), *la víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*. Págs. 275- 294. Cizur Menor: Aranzadi. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6017943>
- CHRISTIE, N (2007). Justicia restaurativa. Cinco peligros a enfrentar. *Nueva doctrina penal* (pp 3-12).
- DÍEZ RIPOLLES, J.L. (2006). La víctima del delito en la política criminal y el derecho penal. *Jueces para la Democracia*. (núm. 57), págs.33-35. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2180496>
- FERALDO CABANA, P. (2017) ¿hay espacio para la mediación tras la condena? La discusión en España. En J.M. Silva Sánchez, J.J. Queralt Jiménez, P. Faraldo Cabana, M. Corcoy Bidasolo y M.T. Castiñeira Palou (coords.) S. Mir Puig (hom). *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. (pp. 964-973). Uruguay: B de F.
- FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ-GALLARDO, J.A. Análisis crítico del estatuto de la víctima del delito. En *Revista de derecho y proceso penal*. Núm. 40, 2015, págs. 49-86. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5279362>

- FRANCÉS LECUMBERRI, P. La justicia restaurativa y el art. 15 del Estatuto de la víctima del delito ¿un modelo de justicia o un servicio para la víctima? En *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminológicas*. Núm. 3, 2018, págs. 4-4. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5044475>
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J. Análisis del nuevo estatuto de la víctima del delito: retos y oportunidades. En *Revista de derecho y proceso penal*. Núm. 38, 2015, págs. 23-61. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5118019>
- GIL GIL, A. Las teorías de la pena orientadas a la víctima. En J.M. Silva Sánchez, J.J. Queralt Jiménez, P. Faraldo Cabana, M. Corcoy Bidasolo y M.T. Castiñeira Palou (coords.) S. Mir Puig (hom). *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Puig*. págs. 323-331. Uruguay: B de F. disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6252678>
- GIL GIL, A. Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena. En *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. Núm. 4, 2016. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5740630>
- GÓMEZ COLOMER, J.L. *Estatuto jurídico de la víctima del delito*. Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 408-416.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L. Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal penal. En *Diario La Ley*. Núm. 8351, 2014. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4747900>
- NISTAL BURÓN, J. Implicaciones de la justicia victimal en el derecho penitenciario. En *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. Núm. 26, 2012. Págs. 117-130. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4080245>
- NISTAL BURÓN, J. La mediación en el ámbito penitenciario. La mediación en el derecho penitenciario. Su necesaria implantación en el ámbito de la ejecución penal. En G. Orozco Pardo y J.L. Monereo Pérez (Dir.) y R.M. González de Patto

y A.M Lozano Martín (coords.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos* (págs. 447-453). Tecnos, Madrid, 2015. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5044475>

PAREDES CASTAÑÓN, J.M. La interacción entre los medios de comunicación social y la política criminal en las democracias de masas. En *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*. Núm. 24, 2018. Págs. 92-115. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6829562>

PÉREZ RIVAS, N. (2014). *Los derechos de las víctimas en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE* [en línea]. Recuperado de: <http://revistas.usc.es/boletincede>

RENART GARCÍA, F. Del olvido a la sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*. 17-14, 2015. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc>

SILVA SÁNCHEZ, J.M. ¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas peales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”. En *Derecho Penal y criminología*. Vol.29 núm. 86-87, 2008. Págs. 149-171. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3313898>

SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La expansión del derecho penal*. B de F, Buenos Aires, 2006, págs. 46-71.

TAMARIT SUMALLA, J.M. La reparación y el apoyo a las víctimas. En J.M. Tamarit Sumalla, C. Villacampa Estiarte y M. Serrano Masip (Coords.), *El estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015* (págs. 305-354). Tirant lo Blanch, España, 2015. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=580646>

TAMARIT SUMALLA, J.M. Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad. En *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Núm. 1, 2013. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4122686>

VARONA MARTÍNEZ, G. Elementos victimológicos en la definición de la necesidad de pena. Aportaciones críticas desde la justicia restaurativa. En C. Juanatey Dorado y N. Sánchez-Moraleda Vilches (Dirs.). *Derechos del condenado y necesidad de pena*. Pág. 3, 2018, España, Thomson Reuters Aranzadi. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6779747>

VI. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

STC 19/1988 de 16/2/1988

STC 150/1991 de 4/7/1991

STC 55/1996 de 28/3/1996

STC 234/1997 de 18/12/1997

STC 28/1998 de 27/1/1998

STC 120/2000 de 10/5/2000

STC 91/2000 de 30/3/2000

Auto TC 15/1984 de 11/1/1984.

Auto TC 373/1989 de 3/7/1989.

STS 1327/2005, de 15/11/2005.

STS 197/2006, de 28/2/2006.

STEDH de 21/10/2013 (Demanda nº 42750/09)