

Nº 11
Tercer trimestre 2017

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 11. Septiembre 2017

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA y VLEX

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. David Larios Risco

Asesor jurídico de la Organización Médica Colegial de España.

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

D. Jaime Pintos Santiago

Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo. Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.

SUMARIO

EDITORIAL	
El Consejo de Redacción	9

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

“LA JURISPRUDENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA EN LA LABOR DE APOYO Y CONTROL AL ARBITRAJE (2011-2017)”	
D. Jesús Campo Candelas	15

“TRANSPARENCIA Y PARLAMENTOS AUTONÓMICOS: EL CASO DE LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA”	
D. Fernando Ruíz Cristina	49

“DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS”	
D. Héctor Luis Arzola Astacio	97

SECCIÓN INTERNACIONAL

“PROPUESTA DE GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS ORDINARIOS MEDIANTE EMPRESAS PRIVADAS DE CAPITAL MUNICIPAL”	
D. Luis Fernando Barquero Cordero	149

“NECESIDAD Y DIFICULTAD DE LA RECONCILIACIÓN CUANDO HAY TRAUMAS POR VIOLENCIA”	
Dr. D. Franco Conforti	193

“LA GARANTÍA DEL DERECHO DE NO DISCRIMINACIÓN
A LA POBLACIÓN SAHARAUI EN EL ACCESO A LA
NACIONALIDAD ESPAÑOLA”

D^a Anthinea Interbartolo 205

BASES DE PUBLICACIÓN245

EDITORIAL

Poner en marcha una Web a nivel institucional puede parecer algo sencillo, aunque no siempre es así.

Desde la Revista Gabilex llevamos tiempo trabajando en esta cuestión, algo que ha llevado no pocas reuniones, mucho esfuerzo y sobre todo, muchas ganas, no perdiendo nunca de vista este objetivo que por fin hemos conseguido lograr como uno de los hitos, que creemos pueden ser más importantes, desde el nacimiento de la Revista hace ya unos años.

Por ello, desde el Consejo de Redacción queremos dar la bienvenida a la página oficial de la Revista Gabilex www.gabilex.castillalamancha.es.

El sitio web contiene toda la información sobre la Revista: la composición del Consejo de Redacción, del Comité Científico y del Consejo Evaluador externo; la publicación descargable de todos los números tanto ordinarios como extraordinarios, y la posibilidad de suscripción a la misma. Además, para mayor comodidad de los lectores, la web hace búsquedas por autores, de los que se podrán ver sus referencias curriculares y descargar individualmente sus trabajos. Asimismo también contiene la información de las Jornadas GABILEX que anualmente se celebran y que ya este primer año han sido un éxito.

Por otra parte, la importancia de la llegada de esta tan esperada y trabajada nueva Web va en consonancia con la importancia que hoy en día tienen que las redes sociales, también en los ámbitos jurídicos y

profesionales, ya que están teniendo un protagonismo vertiginoso en la sociedad y por ello la presencia y difusión de Gabilex en las mismas se hace inevitable.

Esta es una circunstancia que ya se venía dando, debido al seguimiento profesional que la Revista ya atesora, siendo los propios autores y lectores los que se han venido encargando de difundir los distintos números y trabajos a través de las redes sociales profesionales, amén del trabajo al respecto que también realizamos los miembros que formamos esta Revista.

Aun así, el salto en este aspecto de las redes sociales también resulta trascendental con el nacimiento de la nueva Web, ya que permite contar a la Revista con visibilidad propia en las RRSS, de forma que actualmente contamos con Twitter y LinkedIn, cuyas direcciones respectivamente son las siguientes:

Twitter: @revistagabilex

LinkedIn: <https://www.linkedin.com/in/gabilex-revista-jccm-a621a314a/?ppe=1>

Nuestro número de suscriptores ha venido creciendo exponencialmente. Entendemos además que el nuevo modelo de suscripción que otorga la propia página Web de la Revista facilitará más aun este crecimiento exponencial, tanto en España como fuera de ella, dado que son también muchos los seguidores que tenemos de en otros países, lo que ha llevado a la Revista a abrir en recientes números una sección de doctrina internacional.

Ya son muchos los que nos siguen en las Redes Sociales y son más los que esperamos se conviertan en seguidores de la información jurídica que facilitamos a través de la Revista y por medio de las Redes Sociales.

Si importante es el nacimiento de una nueva Web propia y específica de la Revista, no es baladí la importancia de que la Revista haya sido incluida en dos nuevas e importantes bases de datos jurídicas: Smarteca de la editorial La Ley y en breve en la sección de Revistas de Tirant Lo Blanch.

Por todo lo anterior, entendemos desde la Dirección de la Revista y el Consejo de Redacción que estamos de enhorabuena, porque la difusión del pensamiento y los conocimientos científicos y jurídicos de actualidad que ofrece con calidad cada edición de la Revista van a poder alcanzar mayores cotas extensión, lo cual creemos muy humildemente favorece a toda la comunidad científica y jurídica, a todos los profesionales que la rodean y al conjunto de la sociedad en general.

EL CONSEJO DE REDACCIÓN

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

**“NECESIDAD Y DIFICULTAD DE LA
RECONCILIACIÓN CUANDO HAY
TRAUMAS POR VIOLENCIA¹”**

***“NEED AND DIFFICULTY OF
RECONCILIATION WHEN THERE IS
TRAUMA FOR VIOLENCE”***

Dr. D. Franco Conforti

Profesor Colaborador Universidad Oberta de
Cataluña (UOC). Abogado. Doctor en Derecho.
España.

RESUMEN

En la presente ponencia propongo una aproximación de tipo fenomenológica a la naturaleza de la Mediación Penal como instrumento de la denominada «Justicia Restaurativa».

La fórmula que ensayo inicialmente ofrece una nueva perspectiva que al desarrollarse re-dimensiona el concepto «reconciliación» en situaciones de conflicto por delito penal y/o traumas por violencia derivados de la

¹ Ponencia presentada en el Seminario “*Mediación en Justicia Penal*”, organizado por Alfa Delta Pi en el Centro Social Playa Albir, Alfaz del Pi (España), los días 19 y 20 de mayo de 2017.

violación de las leyes que nos gobiernan.

Es dable dejar sentado que la contribución, por su escaso tiempo, no pretende agotar el análisis y estudio en profundidad de la «reconciliación» en el ámbito del derecho penal, sino que su objetivo es algo más modesto y sólo pretende sentar las bases o lineamientos de futuros trabajos de investigación sobre el tema.

Sin perjuicio de la advertencia *supra* realizada, no menos cierto es que la fórmula final propone una concepción completamente innovadora respecto a qué se debe entender por «reconciliación» en el ámbito del Derecho Penal.

El objetivo marcado es el de mejorar la Justicia Penal, humanizar aún más su proceso al potenciarla con la mediación de modo tal de transformar no sólo a los conflictos sino también a las personas involucradas en él, para así finalmente alcanzar la transformación social por la que todos bregamos.

Palabras clave: reconciliación, víctima, conflicto, litigio, verdad, Justicia penal, perdón, arrepentimiento, reconocimiento, mediación penal, transformación social.

Abstract:

In this paper I propose a phenomenological approach to the nature of the Criminal Mediation as an instrument of the "Restorative Justice".

The formula that is initially tested offers a new perspective that, when developed, re-dimension the concept of "reconciliation" in situations of conflict for criminal offence and or traumas due to violence resulting from the violation of the laws that govern us.

To be completely honest I must to said that, this contribution, due to the short time to be presented, does not intend to exhaust the analysis and in-depth study of "reconciliation" in the criminal law field. Rather, its objective is somewhat more modest and seeks only to lay the foundations or guidelines for future research on this matter.

Notwithstanding, the above warning does not detract the value of the paper, because the final formula proposes a completely innovative conception regarding what should be understood by "reconciliation" in the area of Criminal Justice.

The final formula proposes a completely innovative conception regarding what should be understood by reconciliation in the area of Criminal Justice.

The objective is to improve Criminal Justice, humanising its process by empowering it with mediation in that way we looking for to transform not only the conflicts even also the people involved in this particular situation so as to finally achieve the social transformation that we all strive for.

Key words: *reconciliation, victim, conflict, litigation, truth, criminal justice, forgiveness, repentance, recognition, criminal mediation, social transformation.*

Se puede sostener que por *reconciliación* ha de entenderse a la renovación del «pacto social» que opera

a nivel interpersonal entre víctima y victimario, pero sin perder de vista a todos los miembros de la sociedad.

Tengo para mí, que un buen punto de partida para hablar de la «reconciliación» puede ser la fórmula cuyo *término mayor* es la *verdad* y el *término medio* es la *Justicia* elevada al cuadrado.

El *proceso* sobre el que se basa la mediación penal respondería a la siguiente fórmula:

$$\text{«Verdad} + \text{Justicia}^2 = \text{Reconciliación»}$$

Los dos elementos centrales que se reconocen en la fórmula no son nada sencillos de explicar en una ponencia tan breve, pero les invito a adentrarnos en el análisis de los mismos:

1. La *verdad*. Hay que reconocer que en un conflicto hay distintas «verdades», sabido es que hay que escucharlas a todas porque sólo así se logra una aproximación a «La Verdad», en mayúsculas.

En el ámbito penal, el «victimario» cuenta con un ilimitado número de oportunidades para expresar «su verdad» ante la Justicia, sin embargo ello no es así ante la víctima.

Claro que ello me lleva a distinguir entre:

(1a) La *verdad jurídica*, material y objetiva, cuya prueba se halla en la *evidencia de los hechos fácticos*; de

(1a) La *verdad social*, es decir, aquella más subjetiva que se representa, por un lado, en la expresión de la motivación del victimario, y del otro lado, por la respuesta a la pregunta que se formula la víctima: «¿Por qué a mí?».

La *verdad* a la que aludo con el término mayor de la fórmula, es la *verdad social*, toda vez que la verdad jurídica estaría implícita en término medio Justicia.

Fijando la atención en la víctima², se puede afirmar que éste aspecto de la *verdad social*, hoy en día, se encuentra ausente en el proceso penal.

En mi opinión puede ser de trascendental importancia (o no³) que la víctima pueda oír⁴ del victimario la respuesta a su pregunta « *¿Por qué a mí?*» porque sólo así a través de las explicaciones o narrativa del victimario y no (o nunca) mediante un proceso o sentencia penal, podrá superar o empezar a superar el trauma del daño sufrido.

2. La *Justicia*, término medio de la fórmula, esta elevada al cuadrado pero en realidad y en términos matemáticos más precisos, no se trata de un exponencial numérico sino de un conjunto de elementos que potencian al anterior y que consiste en:

(2a) El *conflicto*, que anida de modo latente en la sociedad, se manifiesta y transforma en *litigio* con el quebrantamiento del ordenamiento jurídico, es decir, violando la ley (concretamente la penal), seguido del reconocimiento público e institucional por parte del Estado tanto de la calidad de víctima como de la

² Fijo mi atención en la víctima, porque el victimario cuenta con todas las oportunidades que constitucionalmente se le reconocen como para que pueda expresar «*su verdad*», aunque *a priori* no lo haga de forma directa a la víctima.

³ La víctima responde a perfiles múltiples que difieren entre sí, en «*casi*» todas sus características, pues cabe recordar que hablamos de «*individuos*», que en sentido amplio comprende a las personas físicas y a las jurídicas. Puede que para unas personas sea de vital importancia escuchar al victimario y para otras no.

⁴ En un contexto de mediación u otras metodologías de justicia restaurativa.

responsabilidad del victimario ante un daño determinado.

Al determinar y reconocer el daño, la *Justicia* realiza parcialmente la *reconciliación*; esta reconciliación parcial se verá ampliada en la medida en que la *Justicia* logre las reparaciones (materiales, estéticas, psicológicas, jurídicas, etc.) necesarias para la víctima.

(2_b) La *toma de conciencia* del daño causado (en toda su extensión) por parte del victimario es un elemento que la *Justicia* malamente logra por sí sola.

Es aquí donde la Mediación Penal como herramienta de la Justicia Restaurativa cobra protagonismo.

Ahora bien, la *reconciliación* debe distinguirse del *perdón* y del *reconocimiento* así como de sus fenómenos concomitantes: la *culpa* y el *arrepentimiento*, pues son experiencias estructuralmente distintas.

El *perdón* y el *arrepentimiento* son por excelencia actos personales e individuales esencialmente asimétricos y orientados hacia el pasado, es decir, buscan la «liberación del peso» que conllevan la *culpa*, el *remordimiento* y el *arrepentimiento* (por parte del victimario) y al auto-reconocimiento de la «superioridad moral» (por parte de la víctima) que con dicho acto de perdón se auto-libera del irreversible daño que ha sufrido.

Para que opere la *reconciliación* es menester que haya *reconocimiento*. Sin embargo, *reconciliación* y *reconocimiento* son dos cosas distintas.

En el contexto de la vida social donde los sujetos logran desarrollarse y autorrealizarse, aprendiendo a concebirse a partir de la perspectiva normativa de sus destinatarios sociales, es decir, de sus compañeros de

interacción y todo ello, agregaría Fabregat⁵, bajo el imperativo del reconocimiento recíproco.

De acuerdo a Fabregat, el paradigma del reconocimiento de Honneth se construye a partir de tres elementos clave:

- Amor
- Derecho
- Solidaridad

Explica Fabregat estos pilares de la siguiente forma:

El amor: se encuentra en la base de la constitución relacional de la identidad humana. Implica que la persona necesita del otro para poder construir su identidad de forma plena y estable. La finalidad de la vida en sí misma consistiría en que la persona lograra establecer un determinado tipo de relación consigo misma que le permitiera la autorrealización, en el sentido de autoconfianza.

El derecho: cuando una persona puede pensarse asimismo como un componente, con sus derechos y obligaciones, de la sociedad que integra. El reconocimiento de derechos de una persona es la contracara de la capacidad para cumplir con ciertas obligaciones. Cuando a la persona se le niegan sus derechos, se la está privando de su autoimagen, y la persona se percibirá asimismo sin capacidad moral y sin autonomía. El reconocimiento jurídico conlleva el autorespeto.

La solidaridad: entendida como la práctica social orientada a permitirle a la persona detectar y percibir

⁵ Véase Conforti, F., *Construcción de Paz. Diseño de intervención en conflictos*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 79-80.

cuales de sus cualidades son valiosas en función del logro de objetivos colectivos considerados por la sociedad como relevantes. El reconocimiento social se traduce así en autoestima.

Queda claro que *culpa, remordimiento, arrepentimiento, reconocimiento y perdón* deben, acompañar y enriquecer las dimensiones interpersonales de la *reconciliación*, e incluso, eventualmente estar presentes para consolidarla.

Para que opere la reconciliación, algunos ordenamientos jurídicos, como ser en Argentina⁶, contemplan además la realización de una *acción social* en beneficio de la comunidad. Y si bien este tipo de medidas humanizan la Justicia, no menos cierto es que aún estamos muy lejos de volver a convertir al *litigio* en *conflicto*.

La mediación penal puede ayudar a reconvertir el *litigio* en *conflicto*.

Podemos coincidir en que, aún y con todo lo visto hasta aquí el conflicto no se ha transformado. Para que la transformación se lleve a cabo es indispensable que la misma se dé tanto en la persona del victimario como de la víctima, y este objetivo se alcanza cuando se trabaja tanto sobre los *actos de comisión* como sobre los *actos de omisión* (que la Justicia no contempla).

A respecto de los *actos de comisión* las cosas no presentan gran dificultad de comprensión, el victimario deberá comprometerse de cara al futuro en cuanto a que

⁶ La ley 24. 316, conocida como *Probation* sancionada el 4 de Mayo de 1994 y publicada en el Boletín Oficial el 19 de Mayo del mismo año ha venido a incorporar al Código Penal Argentino el instituto de la suspensión del proceso a prueba en los artículos: 76 bis, 76 ter, 76 quater, y art. 10 de dicha norma.

convertirá sus actos de comisión en actos de omisión, es decir, no reincidirá en el delito -niveles intra e interpersonal-. El abordaje de los actos de comisión los realizará tanto dentro del proceso penal como fuera de él, es decir, en la mediación penal.

Sin embargo, respecto de los *actos de omisión* la explicación es algo más compleja pues no se trata de lo que la víctima podría haber hecho para evitar el delito, que también, sino que se trata de lo que a nivel social se podría haber hecho y no se hizo -nivel estructural-. Los actos de omisión deben reconvertirse en actos de comisión para que la transformación se realice al completo; pero, ¿Cómo lo hacemos? ¿Es posible incorporar la omisión al ordenamiento jurídico? Al respecto podríamos pensar en la *Omertà*⁷ y equipararla a la «complicidad», es decir, una sociedad que omite, es cómplice por hacer la vista a un lado⁸.

Sin embargo, la reflexión que me parece aún más importante tiene que ver con la siguiente pregunta «¿Por qué es importante incorporar la omisión?» y la respuesta, al menos para mí, es: porque es la única vía para alcanzar la *reconciliación* y consecuentemente la renovación del «pacto social» que ahora sí debe operar tanto a nivel interpersonal -entre victimario y víctima-

⁷ *Omertà* es una actitud popular y código de honor, común en las zonas del sur de Italia, como Sicilia, Calabria y Campania, donde las organizaciones criminales como la mafia, 'Ndrangheta y Camorra son fuertes. Una definición común es el «código de silencio». En Italia el término *Omertà* ha experimentado una interesante evolución puesto que también se tacha de cómplice por *Omertà* a quien, por ejemplo, «mira hacia otro lado» y no denuncia.

⁸ Evidentemente el tema excede en mucho el marco de trabajo de una ponencia, y además, sería poco responsable pretender abarcarlo es un par de párrafos.

como a nivel estructural -entre victimario y todos los miembros de la sociedad-.

Todo ello es así, porque lo que queremos lograr es la transformación de los conflictos para luego aspirar a conseguir la *transformación de la sociedad*.

CONCLUSIÓN:

Teniendo por cierto que el Estado ha convertido a ciertos y determinados *conflictos*, llamándolos delitos, en *litigios* en los que se invisibiliza a la víctima; la restitución a la víctima frente al conflicto puede realizarse mediante la mediación penal. Una mediación penal que buscase la transformación social a través de la siguiente fórmula:

Reconciliación = verdad (*asunción de las omisiones*) **+ Justicia** **mediación penal** (*culpa, remordimiento, arrepentimiento, reconocimiento, perdón, acción social y compromiso de no comisión*)

En dónde:

- (a) La *verdad*, no es otra cosa que la respuesta a la pregunta de la víctima «¿Por qué a mí?», potenciado por el deber de asumir las omisiones (si las hubiere); y en la que,
- (b) La *Justicia* se ve potenciada por el conjunto Mediación Penal que necesariamente ha de incluir la culpa, el remordimiento, el arrepentimiento, el reconocimiento, el perdón, la acción social en beneficio de la comunidad y compromiso de no comisión o reincidencia.

(c) La *reconciliación* es, en definitiva, el vehículo que, a través de la *transformación de los conflictos*, nos ha de conducir a la *transformación de la sociedad*.

BIBLIOGRAFÍA:

Arendt, H., *The Human Condition*, Second Edition, The University of Chicago Press, Chicago, 1998.

Conforti, F., *Construcción de Paz. Diseño de intervención en conflictos*, Dykinson, Madrid, 2017.

Madrid Fernández, S., «Justicia y Perdón Restaurativo»,

