FAMILIA 41 (2010) 35-65

Mediación penal comunitaria y justicia restaurativa. Perspectiva ética y jurídica

José Luis Segovia Bernabé
Jurista-Criminólogo de la Asociación Apoyo

Resumen

El autor desarrolla las fuentes, el proceso histórico y la filosofía de la Justicia Restaurativa. Después de presentar los retos fundamentales, la define como una opción ética por el diálogo y no por la dialéctica y como respuesta a necesidades reales de las partes más que a pretensiones procesales simbólicas. Finalmente, destaca a la víctima como protagonista, tratando de responsabilizar al infractor recuperando la vocación reinsertadora del sistema penal.

Palabras clave: Justicia Restaurativa, reinserción, diálogo, ética, víctima.

Abstract

The author describes the sources, the historical process and the philosophy of the Restorative Justice. After showing the main challenges, he defines RJ as an ethic option not for dialectic but for dialogue, and as a response to actual needs more than to symbolical proceeding pretensions. Finally, he pinpoints the victims as the protagonist, trying to make the offender responsible for his action through the reinsertion function of the penal system.

Keywords: Restorative Justice, reinsertion, dialogue, ethics, victim.

Universidad Pontificia de Salamanca

1. Consideraciones iniciales

La mediación se está poniendo de moda. La Justicia Restaurativa, filosofía sobre la que se asienta, lo está bastante menos. Una parte de las aportaciones que ahora se presentan beben de las *III Jornadas de Mediación Penal Comunitaria* organizadas por la *Asociación Apoyo de Madrid*[1]. Las líneas que siguen pretenden vincular estrechamente una herramienta con vocación pacificadora con un modo de entender la justicia, las relaciones sociales e incluso con una forma de concebir al ser humano y sus posibilidades. Por eso, el término "comunitaria", añadido a la mediación, es sustantivo más que adjetivo, sobre todo cuando se propone tal título desde una entidad del Tejido Social Solidario[2], como es el caso de la Asociación mencionada. Este colectivo surge de la experiencia del dolor compartido, de la aventura conjunta que supone liberarse de las ataduras que provocan las drogas o del deterioro que supone la prisionización, así como de la constatación del sufrimiento evitable que el sistema penal produce a infractores y a víctimas. Y todo esto desde la clave del encuentro personal (personas abiertas a otras personas diferentes), el acompañamiento y, en muchas ocasiones, la convivencia en un "juntos podemos" solidario. De esta primera experiencia de caminar junto con drogodependientes e infractores, surgió la necesidad de acoger y acompañar el sufrimiento de las víctimas y de coadyuvar a la paz social. La pretensión siempre ha sido la misma*: humanizar el sistema penal y dignificar a quienes lo padecen* (infractores y víctimas y, dicho sea sin ironía, a veces a los propios operadores jurídicos)[3].

En verdad que nuestra Asociación no es mucho más que una modesta "tienda de ultramarinos". Esos pequeñas establecimientos aún existentes en las aldeas más remotas, en franco declive por el peso de las "grandes superficies", en los que, con creatividad y escasos medios, sus titulares son capaces de encontrar y ofrecer los productos más insospechados a los clientes más exigentes, siempre, por supuesto, básicamente con un trato personalizado, reivindicador, en

[1] Asociación APOYO, C/. Corregidor Diego de Valderrábano 45, 1º, 28038. Tfno. +34 91 437 98 15. asociacionapoyo@terra.es

[2] Conceptualmente, las cosas se definen con precisión cuando se señala lo que son, no lo que no son; máxime cuando las notas de la definición "negativa" especifican tan poco que se puede incluir en el ámbito de lo no gubernamental tanto a una asociación solidaria como a un clan de "narcos" o a la fundación de un grupo financiero. Además, en el panorama de las mal llamadas ONG, uno no acaba sabiendo donde acaba el "sin ánimo de lucro" y donde principia el "sinónimo de lucro".

[3] Cf. J. C. Ríos Martín, E. Pascual, A. Babiano y J. L. Segovia, *Mediación Penal y Penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex, Madrid, 2008, 2ª ed. Textos en esta misma dirección en la web del Área Jurídica de la Pastoral Penitenciaria: www.larevistilla.org

Universidad Pontificia de Salamanca

definitiva, en la marejada compleja de una realidad globalizada de que *lo local, lo próximo, lo solidario, lo gratuito y lo sencillo siguen teniendo plena significatividad*.

Queremos evidenciar que la Justicia Restaurativa es algo más que un ideal de unos pocos utópicos. Atendiendo a los requerimientos de las Naciones Unidas, está ya siendo una práctica en diversas partes del Estado español y del mundo. En efecto, caminamos, codo con codo, aprendiendo unos de otros, en estrecha, diversa y plural hermosa sintonía. *Nadie tiene, ni puede tener, la exclusiva en buscar alternativas* "en" y "al" sistema penal. Así lo atestiguan las valiosas aportaciones de compañeros y compañeras de Valladolid, Cataluña, Sevilla, Zaragoza, Albacete, el País Vasco o Madrid por mencionar solo algunas. Son, lo sabemos bien, una pequeña muestra de algo que va creciendo imparable merced a la creatividad, la pasión, y las ganas de humanizar y dignificar el sistema penal y penitenciario.

Igualmente queremos contribuir a "la *concienciación social*". Se trata de apostar –también en el campo de los delitos y de las penas– por valores tan "restaurativos" como la no-violencia, el principio de responsabilidad, la protección a las víctimas, el encuentro personal, el diálogo, la sanación de las heridas, la reparación del daño causado, la neutralización del miedo al diferente, la inserción social de los infractores, la paz social, la nivelación de las asimetrías sociales, la recomposición de las relaciones rotas, etc. A lo largo de las páginas de esta publicación, el lector podrá apreciar como estos "virus benignos" son tan contagiosos o más que sus contrarios.

Constatamos también la posibilidad de que *dos instancias distintas conserven su autonomía y una saludable tensión* para atender las necesidades de los ciudadanos. En efecto, entidades cívicas *de iniciativa social y administraciones* públicas pueden aportar lo mejor de cada cual para mejorar la convivencia y la calidad de vida de los ciudadanos. Sin renunciar las unas a la crítica constructiva, ni las otras a la responsabilidad de promover condiciones para que la justicia y la igualdad sean efectivas (cf. art. 9 de la Constitución), los dos niveles básicos, el comunitario, el de la iniciativa social. Instalados en el primero, podemos y debemos colaborar con el Estado pero sin renunciar a nuestro sitio, a estar próximos al "calorcito" humano que solo dan los más vulnerables, al lugar social de los últimos como faro seguro para seguir haciendo frente a toda suerte de tempestades sociales. Y ello con el respeto y el apoyo del Estado porque las iniciativas sociales constituyen la base de la ciudadanía democrática que legitima al propio Estado de Derecho. Ahí seguiremos: pensando, actuando, cuestionando, criticando constructivamente, denunciando cuando sea menester, para lograr una sociedad más justa en la que quepamos todos y una legislación que dé respuesta a los requerimientos efectivos de los ciudadanos, sobre todo de los que tienen una existencia más precarizada.

Universidad Pontificia de Salamanca

Finalmente, pretendemos ayudar a reflexionar, provocar el debate social, hacer balance de los logros y de los errores, y, sobre todo, animarnos a seguir caminando con ilusión y creatividad. En definitiva, se trata de seguir avanzando por un camino todavía poco explorado.

2. Retos fundamentales

En primer término, no por repetida es menos importante: *La mediación no es un fin en sí misma;* se trata solamente de un medio. Sólo despliega la plenitud de su sentido dentro del modelo de Justicia Restaurativa y como forma pacífica y socialmente participativa de afrontar los conflictos comunitarios. En este sentido, conviene recordar que la *Justicia Restaurativa, se opone frontalmente al modelo de la justicia vindicativa*, por lo cual no puede convertirse en un mero complemento de ésta sin quedar totalmente desvirtuada. En efecto, la justicia vindicativa se centra primaria, obsesiva y monotemáticamente en el castigo del culpable; por el contrario, la Justicia Restaurativa trata, sobre todo, de responsabilizar al infractor y de reparar y proteger efectivamente a la víctima. La justicia vindicativa da una importancia casi única a las instituciones de control formal; por su parte, la segunda procura la corresponsabilidad de la sociedad y de todo el tejido social en la prevención y evitación del delito, y en el tratamiento y la inserción social de los infractores. Mientras que la primera se asienta en la idea del monopolio de la violencia en manos del Estado, la Justicia Restaurativa insiste en el diálogo y en el encuentro personal como formas saludables y no violentas de restablecer la paz quebrada por el delito. La justicia vindicativa pone en acto la función social y simbólica del Derecho penal mediante la amenaza de la pena y acudiendo a la privación de libertad en régimen carcelario; sin embargo, la Justicia Restaurativa acentúa la función de prevención y pacificación de los conflictos destacando la preocupación por la atención efectiva de las necesidades reales de las personas, más en concreto de las partes procesales. En suma, mientras la justicia vindicativa retribuye y se venga por el delito cometido, aunque sea civilizada, tarifada y proporcionalmente, no logra sino sacar lo peor de cada cual. Por su parte, la Justicia Restaurativa repara, responsabiliza, sana, pacífica, y hace corresponsable a toda la comunidad, apelando a lo mejor de cada persona (de las partes procesales, del sistema penal y de la comunidad).

Nunca insistiremos bastante: la mediación penal comunitaria no es, no puede ser, una mera herramienta más al servicio de la justicia penal convencional. Obliga a una recolocación crítica de todo el sistema, de los operadores jurídicos y de todos los actores sociales. En este horizonte, *no cabe apostar por un único modelo* de mediación intraju-

Universidad Pontificia de Salamanca

dicial. Más bien, la Justicia Restaurativa exige cuidar y cultivar el extrajudicial y comunitario (si bien sus resultas acaban incorporadas al proceso penal y es tutelado por el Ministerio fiscal). Debemos significar que *el modelo comunitario* no sólo aparece vinculado a los orígenes del instituto de la mediación sino que *aparece explícitamente recogido por Naciones Unidas* al plantear la conveniencia de incorporar las figuras a través de las que se desarrolla la *Justicia Restaurativa*: "sentencing circles", "conciliation"…

En este sentido, la ONU, en el X Congreso para la Prevención del Crimen, ya señaló la necesidad de impulsar "el desarrollo de políticas de justicia restaurativa, procedimientos y programas que fuesen respetuosos con los derechos, necesidades e intereses de las víctimas, de los infractores, de *la comunidad* y de todas las *otras* partes"[4]. En idéntica dirección, La UNODC de Naciones Unidas (Office on Drugs and Crime) ha publicado recientemente el *Handbook on Restorative Justice Programmes* (Viena 2006), donde se destaca el papel de la comunidad, el voluntariado y las ONG. No hace sino desarrollar los postulados de los *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters* aprobados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en el año 2002. En todos ellos se insiste en que "muchas de estas alternativas facilitan a las partes afectadas, y frecuentemente también a la comunidad en la que se desenvuelven, una oportunidad para participar en la resolución de los conflictos y en la responsabilización de sus consecuencias […], basada en la voluntad de devolver la toma de decisiones y la construcción de la sociedad civil al ámbito de lo local… La participación de la comunidad en este proceso dista mucho de ser abstracta, por el contrario es bien directa y concreta…En muchos países la idea de involucrar a la comunidad goza de un amplio consenso"[5].

Puede sonar grandilocuente *pero la Justicia Restaurativa no se reduce al sistema penal*. Es una forma de entender las propias relaciones sociales, comunitarias y políticas, porque supone, en definitiva, un modo de entender al ser humano; éste es un ser de posibilidades, capaz de abrirse a lo inédito viable y susceptible de resolver los conflictos de modo pacífico, reparador y dialogal.

En ese sentido, venimos caracterizando a la Mediación penal comunitaria (MPC) con varias notas que es pertinente recordar. La efectividad del desarrollo de las mismas es el mejor indicador de su implantación comunitaria.

[4] *The Vienna Declaration on Crime and Justice: Meeting the Challenges of the Twenty First Century*. 10th United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Vienna 10-17 April 2000 A/CONF. 184/4/Rev. 3, para. 29.

[5] United Nations, Office on Drug and Crime, *Handbook on Restorative Justice,* Vienna, November 2006, pp. 5-6. La traducción es nuestra.

Universidad Pontificia de Salamanca

1. *Política*: en el más elevado y noble sentido del término. A través del ejercicio de la ciudadanía democrática y la participación en la búsqueda del bien común y la realización de la justicia, busca la minimización de la violencia estatal, la resolución pacífica y dialogada de los conflictos en todos los órdenes de la sociedad. Anhela una sociedad más justa y participativa. De ahí que evidencie los costes y ambigüedades del sistema penal y relea críticamente el orden político, económico y social.

2. C*omunitaria:* pretende devolver el protagonismo a la sociedad civil, generar tejido social, crear sinergias que provoquen mejora en la calidad de vida etc. La participación de los ciudadanos no puede limitarse en el caso de la administración de justicia a ser eventualmente designados como jurado popular. La comunidad puede y debe involucrarse más en la prevención del delito, y en el tratamiento y la reintegración social de los infractores. De ahí que procure reducir al mínimo la intervención de profesionales ajenos al tejido social.

3. *Dialógica*: En el proceso penal no hay diálogo, sólo interrogatorio. El proceso, lejos de buscar el encuentro, ahonda en el conflicto, favorece el uso de la mentira y de las estrategias *defensistas* y profundiza en las heridas del enfrentamiento. A la postre, su solución es meramente formal porque acaba no atendiendo a las necesidades reales de las partes. Por el contrario, la MPC reduce lo dialéctico al momento de la comisión del delito y reconduce el resto del *iter* por la vía dialógica. Trata de aplicar un modelo menos vertical y jerárquico de justicia y sustituirlo por uno más horizontal e implicante de las partes procesales. El diálogo evitará el reduccionismo de verse convertidas, respectivamente, en objeto sobre el que recae la sanción y prueba de cargo al servicio de la condena.

4. *Veraz:* busca la verdad material por encima de los formalismos. Evita privilegiar la mentira. Incentiva la verdad, pues la considera un auténtico derecho de la victima. Con frecuencia la única forma de que se haga justicia es simplemente que se sepa la verdad. Al servicio del derecho a la verdad se pone desde el primer momento la MPC.

5. *Reparadora en múltiples direcciones*. La víctima encuentra, según los casos, una reparación patrimonial, simbólica, afectiva o explicativa del daño sufrido, amén de los efectos terapéuticos de la mediación: pérdida de miedo, superación del trauma posdelictual etc. Pero también el infractor ve atendido el daño personal que estaba en la base de la dinámica delincuencial: se trata su drogodependencia, se pauta y se trata su enfermedad mental, etc. Finalmente, la comunidad sale reforzada y reparada pues un delito siempre es un quebranto de la paz social.

6. *Responsabilizadora*. En efecto, primariamente hace responsable al infractor –por tanto, susceptible de reconducir su vida y asumir

Universidad Pontificia de Salamanca

las consecuencias de las propias decisiones– y le ayuda a empatizar y ponerse en el lugar del otro. Pero también trata a la victima como "mayor de edad", capaz de expresar sus necesidades en códigos distintos del crematístico o del daño corporal y de adoptar sus propias decisiones acerca de la marcha del proceso y sus consecuencias. Asimismo, involucra a la comunidad no sólo en el momento de judicialización del conflicto, sino también en el de la ejecución de los acuerdos y de las consecuencias jurídicas del delito.

7. *Justa*. Parecería una tautología. Sin embargo, las más de las veces la justicia convencional se limita a atender los requerimientos de la inercia procesal, pero obviando groseramente las necesidades reales de las partes (que son también emocionales, cognitivas (el derecho a saber, a la verdad), sociales (acompañamiento), terapéuticas (tratamiento), etc. Con frecuencia la justicia convencional las reduce a variables cuantitativas (*quantum* de condena y quantum de indemnización). Se trata, no se olvide, de "civilizar" el derecho penal, no de "privatizarlo".

3. En qué consiste la justicia restaurativa

Avanzada la noción de mediación por la que apostamos, sigue siendo verdad que "una buena teoría es condición de posibilidad de una buena praxis". Por eso, el horizonte desde el que hay que contemplar la mediación –especialmente ante su eventual traducción al derecho procesal– es el de la Justicia Restaurativa[6]. Ésta supone una concepción fuerte, abierta y positiva del ser humano, de la sociedad y "otra" idea de Justicia de contornos todavía no perfectamente definidos, pero claramente perfilables por oposición a la justicia retributiva y que van siendo traducidos en documentos y prácticas de los organismos especializados de la Organización de Naciones Unidas.

Digamos ya que, a falta de una definición universalmente válida, entendemos por Justicia Restaurativa, en sentido amplio, la filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles

[6] Utilizaremos esta expresión, sin perjuicio de otras traducciones de *Restorative Justice*, con matices más o menos perfilados, como Justicia restauradora, Justicia reparadora, Justicia reconciliadora, Justicia reconstitutiva, Justicia victimal… No desarrollamos sus orígenes y evolución; para ello pueden consultarse en internet: www.restorativejustice.org y www.vorp.com (con amplia bibliografía).

Universidad Pontificia de Salamanca

una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito. Dependiendo del marco legal y de las peculiaridades sociales y culturales, adoptará unas u otras modulaciones. Naturalmente no es la panacea universal –tampoco la Justicia retributiva– pero sí algo más que una novedosa "tercera vía" o un mero complemento de la Justicia vigente.

Uno de los factores explicativos de la crisis de legitimidad del sistema penal está en su evidente incapacidad para dar respuesta satisfactoria a los apremiantes requerimientos de la colectividad y de las víctimas ante los problemas introducidos por el delito. Sin embargo, paradójicamente, todo se pretende solucionar acudiendo al Derecho penal. El rigorismo punitivo –más delito, más penas y de mayor duración– pareciera convertirse en una suerte de extraño talismán capaz de dar respuesta a toda suerte de variados problemas como el machismo y las relaciones de dominación en la violencia de género, la desigualdad social y de oportunidades, la drogodependencia y la precariedad que laten detrás de parte de la criminalidad urbana, entre otros. Sin embargo, esta inflación de Derecho penal no viene acompañada de una disminución efectiva de la criminalidad, ni de un sentimiento de mayor seguridad subjetiva por parte de los ciudadanos. Se incrementa desmesuradamente la función simbólica del Derecho punitivo, pero su eficacia potencial y real dista mucho de ser la que se fantasea.

La Justicia Restaurativa, asumiendo el postulado del principio de intervención mínima, además de lograr los fines explícitos del proceso penal contemporáneo, apunta a una dirección nada despreciable de poner en tensión el "ser" con el "deber ser" (el primado de la razón ética) y de evidenciar algo bastante obviado por los operadores jurídicos: lo que pasa después del "visto para sentencia" con unos y otros, lo que realmente ocurre en la vida de las personas y no sólo en los formalismos de la ley cuando se desgaja de la vida.

Trataremos de mostrar en sucesivos epígrafes los componentes básicos de este modelo de Justicia, sin perjuicio de que aparezcan más desarrollados en otros artículos.

3.1. Una opción por el diálogo, no por la dialéctica

Si la palabra es un atributo de los seres humanos y el diálogo es lo que nos torna en relacionales e interdependientes, su utilización no será neutra en la justicia penal para el logro de los fines que pretende, incluso en la ampliación de éstos para dar cobertura a necesidades de las partes no contempladas por el vigente sistema penal.

Universidad Pontificia de Salamanca

En efecto, hasta ahora, como la Justicia estaba polarizada unilateralmente en torno a la noción de castigo, el proceso era todo un monólogo basado en el interrogatorio del imputado, de la víctima y de los testigos. Todo orientado unidireccionalmente al castigo del culpable y al cumplimiento de funciones más simbólicas que propiamente reales. Este *modus operandi* ha cumplido ciertas funciones: reconciliaba a la colectividad con la idea de justicia, aseguraba la vigencia de sus valores y normas y servía de intimidación al culpable y al resto de potenciales candidatos al delito y, finalmente, aun sin éxito, calmaba la sed de retribución.

En virtud del llamado pacto social, los ciudadanos resolvimos "envainarnos" la espada y delegar la resolución de los conflictos penales en la Administración de Justicia como detentadora del monopolio de la violencia. Este proceso, nada despreciable, ha terminado por cargarse la esencia del potencial sanador del diálogo y del encuentro personal. En suma, que las partes han quedado desprovistas de espada (lo que parece realmente bien) pero han resultado privadas de palabra (lo que es decididamente malo). Esta delegación de la resolución de los conflictos en la administración de Justicia ha sido llevada al extremo de perder toda capacidad de disposición sobre el proceso y de eliminar todo atisbo del principio de oportunidad reglada. También se ha producido un exceso de judicialización de la vida cotidiana, que acaba llevando a los tribunales cuestiones que bien pudieran resolverse en otros ámbitos informales o en una justicia más próxima. El caso de las pequeñas disputas escolares que antaño resolvían los maestros de forma equitativa, son ahora policializadas y, posteriormente, judicializadas, atascando en no pocos casos las fiscalías de menores. Sin duda, la crispación de la vida urbanita, la sobrecarga de violencia que padecen las sociedades de riesgo, el miedo difuso al diferente, etc., constituyen factores de primer orden que encuentran en el diálogo restaurativo una vía de superación.

Sin embargo, el proceso penal ha acabado sustituyendo el encuentro entre personas y el diálogo por el mero interrogatorio. De este modo, el rico potencial de la palabra, con su capacidad de acercar posiciones y hacerse cargo del punto de vista del otro, acaba diluido en argucia para eludir la acción de la justicia o de agravar las consecuencias jurídicas del delito según qué posición ocupe el actor. Dicho expresivamente: "No puede haber diálogo si lo único que hay es interrogatorio"[7].

Por ello, por su parte, la Justicia Restaurativa, a través de la mediación, trata de encontrar "soluciones que obliguen a quienes

[7] M. Carmena Castrilllo, *Posibilidad de resolución dialogada de los conflictos penales,* en I Jornadas sobre Mediación penal y Drogodependencias, Madrid, Asociación Apoyo 3-4 de octubre de 2002, 33. Cf. Actas de las Jornadas en www.uc3m.es/larevistilla

Universidad Pontificia de Salamanca

están implicados a escuchar en vez de usar la fuerza, buscar arreglos en vez de dar órdenes, soluciones que fomenten la compensación en vez de represalias y que, en términos pasados de moda, animen a los hombres a hacer el bien en vez de, como en la actualidad, hacer el mal"[8]. Se trata de estimular el diálogo, ayudar a ponerse en el lugar del otro, cultivar actitudes empáticas, cuidar los procesos de responsabilización personal (único antídoto efectivo frente a la reincidencia) y evitar la frecuente confusión entre responsabilidad ética[9] (mira hacia detrás, pero, sobre todo, hacia el futuro) con la responsabilización criminal (proceso de "adquisición de conocimiento") que mira siempre hacia el pasado. Bien puede decirse que en la forma de abordar los conflictos, la Justicia Restaurativa apela a lo mejor de las partes y juega con ello a favor de una resolución que acaba siendo realmente sanante no sólo para los intereses enfrentados sino para la colectividad entera. La Justicia Restaurativa constituye, en definitiva, una apuesta por una forma no vertical de resolver problemas, superador del modelo consistente en que alguien investido de autoridad formal decide por los demás lo que éstos precisan. De ahí que sea muy oportuno devolver a los afectados al menos parte de la responsabilidad en la solución del conflicto. La verticalidad, sobre todo, si es solipsista y autosuficiente y renuncia a ser ayudada por otras disciplinas sociales, criminológicas, etc.... está condenada a ser, a la postre, injusta. Consiste, por tanto, en un intento horizontal de "civilizar el derecho penal" (algo bien distinto de la privatización del procedimiento), incorporando instituciones civiles como la conciliación, que cavó su propia tumba porque era un cuerpo extraño en un sistema exclusivamente vertical: prescindió de los protagonistas del drama y los sustituyó por operadores jurídicos que, no lo pueden evitar, manejan otras claves[10].

3.2. Una apuesta por la verdad

El proceso penal convencional se inicia con la *notitia criminis*, se desarrolla a través de la investigación policial y la instrucción judicial para esclarecer si el hecho denunciado existió, si el imputado participó activamente en él y con qué grado de responsabilidad: todo siempre orientado a preparar la celebración del juicio oral. En él, siguiendo reglas formales, se produce un habitual "teatrillo de roles": el acusado niega como un bellaco, amparándose en su derecho a

[8] N. Christie, *Los límites del dolor*, FCE, Buenos Aires 2001, 134.

[9] H. Jonas, *El principio de responsabilidad,* Herder, Barcelona 1995.

[10] M. Fernández Bermejo, "La mediación como solución alternativa al proceso y su significación respecto a la víctima", *Ministerio Fiscal* 2 (2000) 423 ss.

Universidad Pontificia de Salamanca

mentir, el fiscal pide más de la cuenta para reservarse un margen de maniobra (difícilmente modifica conclusiones aunque sea más que evidente su procedencia), y el juez asiste, a modo de incómodo testigo, al mercadeo de penas que se produce en las conformidades que, a su vez, ahorran trabajo de defensa a los abogados. Naturalmente no siempre es así, pero apunta a que en su origen y desarrollo habitual la justicia convencional tiene poco que ver la Justicia Restaurativa.

En efecto, ésta última parte de otro presupuesto: se supone en las partes la búsqueda de la verdad y el reconocimiento voluntario de la existencia de un problema entre víctima e infractor y que ambos tienen intención de resolver del mejor modo posible. El reconocimiento voluntario de la autoría[11] (y el acto de responsabilidad que en él se manifiesta) es el punto de partida para la resolución eficaz del conflicto. Como señala Antonio del Moral[12] es peligrosa la deriva de la renuncia a descubrir la verdad. El proceso penal no puede renunciar por principio y desde un principio a la búsqueda de la verdad. No sólo es una pretensión procesal y premisa mayor fáctica de una consecuencia jurídica; el derecho a la verdad forma parte de la reparación debida, reivindica la memoria de las víctimas y alivia, al menos en parte, el dolor padecido por sus allegados.

Frente a la mentira construida como una suerte de derecho, se debe recompensar la verdad. En el proceso convencional ocurre al revés. Si alguien confiesa, sale condenado sin contemplaciones, pero si miente, cuenta con un buen abogado y una instrucción deficitaria puede salir absuelto. La Justicia Restaurativa busca la verdad, la incentiva, la orienta a la superación del problema, a la reparación del daño y a la responsabilización del autor. Ciertamente tiene un horizonte axiológico del que forman parte la verdad y la paz social, la procura de dar a cada uno "lo suyo" y la minimización en el uso de la cárcel y de la violencia institucional.

Ello exige dar prioridad a los hechos y atender a sus consecuencias. También a las que hasta ahora carecen de relevancia procesal pero suponen un serio problema Sólo la verdad responsabiliza al que ha cometido un delito; solo desde ella la víctima puede sentirse reconocida e incluso perdonar. Solamente desde la verdad se puede reparar adecuadamente, se superan los miedos y se pacifica la convivencia de manera duradera; solo desde la verdad se individualiza justa y útilmente la respuesta penal consignando todas las circuns-

[11] Naturalmente, este reconocimiento de la autoría, no implica necesariamente acuerdo sobre todos los extremos, debiéndose valorar cuantas circunstancias concurran relativas, p.e., a la antijuridicidad y a la culpabilidad.

[12] A. Del Moral García, "Verdad y justicia penal", *Ética de las profesiones Jurídicas. Estudios sobre deontología*. Vol. I. Universidad Católica San Antonio, vol. I Murcia 2003, 537 ss.

Universidad Pontificia de Salamanca

tancias (el olvidado art. 2 de la LECr). Se trata de hacer frente al reto moral más imponente al que nos convocaba Kant con su "atrévete a saber": tener la audacia de conocer la verdad material (no sólo la "procesalmente relevante"), de ahondar en las consecuencias materiales y morales de todo proceso penal, de lo que supone para las personas y sus circunstancias más allá de los papeles. Incluso, aún más lejos, se trata de atreverse a ponerse en el lugar del otro, de empatizar: "atrévete a dolerte" con el sufrimiento del prójimo. Este sufrimiento es "lo más verdadero" del proceso penal y aquello que pocas veces encuentra respuesta en el formalismo jurídico.

3.3. Respuesta más a necesidades reales que a pretensiones procesales simbólicas; más a argumentos racionales, que a respuestas emotivistas

El proceso penal convencional no sólo no respeta y atiende a las necesidades efectivas de las partes, sino que supone, en la mayoría de los casos, una experiencia dolorosa para las víctimas y para los infractores. Las necesidades de ambos no sólo no son satisfechas sino que quedan tapadas bajo una maraña de formalidades que acaban por invisibilizar la naturaleza del problema subyacente y por hacer imposible un abordaje razonable de sus soluciones. Bien puede decirse que, desposeídas las partes del conflicto, son instrumentalizadas con fines punitivos, orientando toda la formalización procedimental hacia pretensiones procesales ajenas por completo a la solución que unos y otros habrían considerado razonable.

En este plano, una vez más, la Justicia Restaurativa muestra su superioridad ética y su dependencia de tres elementos tan fundamentales como sencillos: una idea de justicia muy elemental (dar a cada uno lo que necesita), el rescate de la categoría de "necesidades" (previa incluso a la de "derechos") y buenas dosis de sentido común. Por ello, puede ir *más acá* de las funciones atribuidas al sistema penal al uso, minimizando violencia y dolor; y *más allá,* atendiendo a las necesidades puestas de manifiesto por el delito. En efecto, la efectiva atención a las necesidades constituye una de las aportaciones más singulares de la Justicia Restaurativa y de la mediación penal Así, se analizan las causas reales del conflicto y las consecuencias del mismo, se buscan las fórmulas más idónea para ayudar a asumir las responsabilidades, reparar los daños, aliviar las penas, facilitar explicaciones necesarias, neutralizar los miedos, hacer desaparecer inseguridades y obsesiones, nivelar asimetrías sociales o falta de oportunidades y procurar la reiteración de delitos en el futuro. La base de todo ello es el reconocimiento del otro como un "tú" competente (bastante más que una mera prueba de cargo o un enemigo a batir).

Universidad Pontificia de Salamanca

Cuando se imposibilita este diálogo, se produce otra paradoja ya apuntada: se sustituye la atención efectiva a las necesidades reales de las personas por las garantías procesales. El caso más paradigmático se produce en el ámbito de la infancia. Un menor de edad tiene necesidades básicas: ser querido, reconocido, alimentado, vestido, educado… etc. Estas necesidades no cesan por el hecho de que el niño haya infringido una norma. Bien al contrario, la infracción, las más de las veces, lo que patentiza es que hay necesidades que no han sido cubiertas y que reclaman una urgente intervención. Lejos de asegurar la cobertura material de las necesidades que se evidencian, el Derecho –de manera especial el Derecho penal– entra como "vaca en cacharrería" y, consciente de su serio "déficit de legitimidad ética", inunda a la infancia de garantías que no aseguran el alimento, ni una vivienda digna, ni una familia que no viva en continua y neurotizante precariedad social, ni la escuela, ni el libre desarrollo de la personalidad, etc.: y los sustituye por el "derecho a mentir" ante adultos que representan los valores y el principio de autoridad, el derecho a un abogado para jugar con los mecanismos legales, etc. En fin, que cuando el Derecho penal se desentiende de la cobertura de las necesidades de las personas acaba desgajado de la justicia y viceversa.

Por otra parte, las necesidades que expresan las víctimas de la mayoría de los delitos que acaban en los Tribunales no tienen relación con la dureza del castigo que se pide para el agresor, sino con el restablecimiento de todas las seguridades que estas personas han perdido como consecuencia del delito. Se trata de algo tan sencillo (pero tan difícil de obtener) como poder ser escuchada y, a su vez, oír los *porqués* del infractor. Las *necesidades reales* de las víctimas, una vez más, no suelen coincidir con las *pretensiones procesales*. Ello explica la frecuente insatisfacción de los usuarios del sistema judicial. Poco ha hecho la justicia criminal convencional por el diálogo, por ayudar a ponerse en el lugar del otro, por el cultivo de actitudes empáticas y el cuidado en los procesos de responsabilización personal. Se ha seguido confundiendo responsabilidad ética con responsabilización criminal.

Por último, para no ser mal entendidos, quisiéramos destacar que nada de lo dicho niega que las garantías procesales sean el logro más perfilado del Derecho penal. Como todo lo que ha costado enormes energías históricas, están siempre en el alero y deberán de protegerse frente a toda suerte de rebajas frente al miedo difuso al enemigo en cada momento histórico. Por ello, como se irá descubriendo en sucesivos capítulos, la apuesta realista de Justicia Restaurativa a través de la mediación que proponemos estará siempre iluminada por un exquisito cuidado en no vulnerarlas. Por consiguiente, tratará de aunar presunción de inocencia, derecho a la defensa, derecho a no confesarse culpable, derecho a la tutela efectiva de los tribunales… pero sin olvidar que pueden ser reubicadas en

Universidad Pontificia de Salamanca

un horizonte de Justicia más amplio que impida su reducción a meros elementos pragmáticos y formalistas.

3.4. La víctima como protagonista

La Justicia Restaurativa nos introduce de lleno en "el tiempo de las víctimas". En alguna de sus formulaciones ha llegado a denominarse Justicia victimal. Desde luego buena falta hacía reconocer su protagonismo. Con Roxin, se puede afirmar que "nuestra justicia penal es, sobre todo, un sistema para hacer fracasar los intereses de la víctima, aunque sería racional, desde el punto de vista político social, comenzar, en el intento de una solución del conflicto social emergente del hecho punible, por colocar a la víctima en situación de indemnidad y, recién después, ver si existe algo más que disponer"[13].

Nils Christie ha sido quien con más agudeza ha denunciado la desapropiación del conflicto que han padecido las víctimas de los delitos y la enajenación de su voluntad por parte del Estado: "El elemento clave del proceso penal es que se convierte aquello que era algo entre las partes concretas en un conflicto entre una de las partes y el Estado… Las partes están siendo representadas y la parte representada por el Estado, llamada víctima, es representada de tal modo que es empujada fuera del escenario y reducida a mero desencadenante del asunto. La víctima es un *perdedor por partida doble*, primero, frente al delincuente y segundo, a menudo de manera más brutal, al serle negado el derecho a la plena participación en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida. *La Victima ha perdido* su caso en manos del Estado"[14]. El diagnóstico es contundente. Se trata de una auténtica "neutralización de la víctima" (Hassemer). Definitivamente no puede disimularse que todo el sistema penal se edificó en torno a la idea de castigar al culpable, olvidando absolutamente la protección de los intereses y derechos de la víctima.

En España, a pesar de prematuros esfuerzos de algunos prestigiosos juristas y criminólogos, la victimología solo se incorpora cuando comienza a darse una tardía sensibilidad por determinadas categorías de víctimas: inicialmente las provocadas por el terrorismo y más tarde las que padecen la violencia de género. Ello ha puesto en primer plano el respeto que las víctimas de todo delito merecen. Sin embargo, cconvendrá señalar que se trata de una noble pretensión

[13] C. Roxin, "La reparación en el sistema de los fines de la pena" en Julio B. J. Maier (comp.) *De los delitos y de las víctimas*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1992, 140.

[14] N. Christie, "Conflict as property": *The British Journal of Criminology,* vol. 17 (1977) 1.

Universidad Pontificia de Salamanca

que no puede confundirse con el intento de reintroducir a la víctima utilitaria y torticeramente para recortar los derechos del infractor y las garantías del sistema o incrementar la dureza de su funcionamiento. El único momento de enfrentamiento dialéctico irresoluble lo constituye el infeliz momento del delito. Entonces, sus intereses eran radicalmente contrapuestos. Lo que ahora debe procurar el proceso restaurativo es superar lo dialéctico y apostar por lo dialógico como se ha señalado líneas arriba. Para ello, habrá que asegurar la protección inmediata y efectiva de la víctima y su derecho a la reparación del daño, posibilitando que el infractor asuma los hechos y se nivele la situación de asimetría en que en determinados casos se encontraba: p.e., recuperándose de su drogodependencia. Así, la Justicia Restaurativa ciertamente parte de la víctima y de sus intereses, pero los hace confluir con los del infractor y con los de la comunidad: todos restablecerán la paz y el diálogo social que el delito quebró y saldrá fortalecida la vigencia de la norma. Naturalmente, no siempre será posible la reconciliación, no siempre querrán las partes, pero eso sólo cuestionaría la pretensión –que no hacemos nuestra– de que fuese *el* sistema alternativo de vigencia universal.

Sin embargo, sí muestra siempre con claridad las disfunciones del sistema vindicativo en el que la víctima está "representada" por el Ministerio Fiscal: en la práctica es dudoso que haya tenido una sola entrevista con ella antes del juicio (ni siquiera se produce diálogo entre "los del mismo lado"). De este modo, mal se puede entender y atender debidamente la necesidad de acogida, reparación, pérdida de miedos, desmontaje de falsas interpretaciones (incluso con consecuencias negativas para terceros)[15] o victimizaciones secundarias crónicas… Por eso, la Justicia Restaurativa, al reconocer a la víctima, devolverle el protagonismo que merece y velar por la cobertura de sus necesidades, presenta un enorme potencial sanante para restañar sus heridas, ampliando de paso las funciones asignadas al sistema penal mediante la inclusión de la reparación del daño en todas sus modalidades (patrimonial, simbólica, emocional). Constituye, al mismo tiempo, cómo señala Rojas Marcos[16], la mejor forma de superar "la obsesión crónica con los malvados que quebrantaron sus vidas y que les impide cerrar la herida y pasar página. Pues es un hecho que los perjudicados por sucesos traumáticos que tienen el pasaporte de victima temporal se recuperan mejor que aquellos que, consciente o inconscientemente, se aferran a esta nacionalidad por un tiempo ilimitado". Se trata, en suma, de ayudar a vivir incluso los delitos más

[15] En algún caso se habían producido despidos en período de prueba porque el empresario robado desconfiaba de quienes nada tenían que ver con el auténtico ladrón. Éste, al contar la verdad, restituyó el honor de sus compañeros y logró su readmisión.

[16] L. Rojas Marcos, "¿Condenados a víctimas perpetuas?" en diario *El Pais,* 28 de julio de 2005.

Universidad Pontificia de Salamanca

graves como una "terrible odisea, pero una odisea ya superada". A ello contribuye la Justicia Restaurativa y su instrumento privilegiado: la mediación. Ambas no consisten, por tanto, en un mero incorporar a la víctima al vigente modelo de justicia penal, sino en reformularlo desde la víctima y *sus necesidades (no confundibles con sus "deseos")*[17] y sin que tal pretensión sea ajena al objetivo de la pacificación social y la rehabilitación y reinserción social del infractor, horizonte axiológico y legal en el que se mueve este modelo de Justicia.

3.5. Responsabilizando al infractor y recuperando la vocación reinsertadora del sistema

Ser responsable es tener que responder ante la estructura jurídico-formal de reproche, asumir las consecuencias de los actos y tratar de reparar sus efectos dañinos. Esto es simplemente poner en juego la dimensión ética del ser humano y convertir a la propia persona en reconductora de su vida.

Contrariamente a lo que pueda pensarse, la inmensa mayoría de las personas están dispuestas a disculparse y reparar el daño causado. Ese es también el máximo interés de buena parte de las víctimas, mucho más celosas de esos objetivos que del castigo como tal. Sin embargo, el sistema de justicia retributiva no incentiva ni el reconocimiento de la autoría del delito ni su perdón, más bien estimula lo contrario. Al hacerlo, obsesionado por la *responsabilidad criminal*, no cae en la cuenta de que, al contrario de lo que se piensa habitualmente, discurre en proporción inversa a la *responsabilidad ética*.

En efecto, lo más dañino de la pena de prisión no es la privación de libertad. También priva de libertad –y mucho más– un programa deshabituador en un régimen intensivo de Comunidad Terapéutica. Sin embargo, mientras que aquella deshumaniza, éste personaliza. La diferencia está en los diferentes procesos que introducen. El primero, de la mano de toda la parafernalia del aparato penal (empezando por la presunción de inocencia jurídica, que se acaba trastocando inevitablemente en auto-afirmación de inocencia moral), empleando el monopolio de la violencia, acaba por des-responsabilizar al sujeto (pocos en prisión se sientan moralmente responsables de los delitos cometidos). Por su parte, el segundo, de forma no violenta, acaba por

[17] La víctima puede "desear" venganza, pero eso no constituye una necesidad. El buen Derecho está para ser un satisfactor de necesidades, no de simples deseos por más legítimos que puedan ser en el plano personalísimo. El problema viene cuando se confunden los deseos con las necesidades y se mete el Derecho a satisfacer las primeras, a veces a costa de sacrificar las segundas.

Universidad Pontificia de Salamanca

responsabilizarlo moralmente: impresiona ver la capacidad de afectación que tiene esa misma persona que ha salido de prisión y ha ingresado en una Comunidad Terapéutica cuando habla del dolor que ha causado a la víctima).

Sin embargo, por paradójico que resulte, el sistema penal, tal y como aparece hoy configurado, genera irresponsabilización, despersonalización, incapacidad para asumir consecuencias. Todo un impagable servicio a la reincidencia. Por su parte, la Justicia Restaurativa presupone un sujeto libre (aunque condicionado por las circunstancias), capaz de dialogar y de adoptar decisiones morales y, sobre todo, *perfectible*, porque aunque nuestros comportamientos nos pertenecen, no nos definen y, mucho menos, nos pre-determinan o tienen aptitud para configurar de manera definitivamente cerrada nuestra identidad.

En efecto, la Justicia Restaurativa apela "a lo mejor" de cada ser humano: al infractor al que invita a reconocer la verdad, hacerse responsable de sus consecuencias y abandonar un estilo de vida poco respetuoso con el prójimo (aunque sea hijo de una historia de desatención y carencia que reclamará de la comunidad facilitarle los medios para el completo desarrollo de su personalidad), y alcanzar autonomía y respeto a las normas convivenciales. Invoca también lo mejor la victima que tiene capacidad para decidir y definir sus necesidades y encontrar respuesta a su obsesionante "¿y por qué a mí?", para acabar poniéndose en el lugar de las circunstancias de su agresor.

Estamos convencidos de la importancia de mantener el postulado de la reinserción social como horizonte último del sistema penal y, singularmente, como orientación del sistema punitivo y penitenciario. La reinserción social de los infractores no es un mero vano deseo alumbrado por los primeros ilustrados, retomado por humanismo cristiano y los correccionalistas y asumido cordialmente por toda la tradición humanizadora del derecho penal. El referente de la reinserción –en muchos casos, sería mejor hablar de inserción– se asienta en el mencionado *principio de perfectibilidad humana*. Este no es otro que la innata capacidad humana no sólo para modificar el entorno que habita, sino para cambiarse y perfeccionarse a sí mismo. Sin él, no habría aprendizaje posible, la enseñanza, la transmisión de la experiencia, serían tareas inútiles.

En último término, esta nota de la condición humana supone *el principio de responsabilidad* (en otro *caso* barreríamos de un plumazo el sistema penal) y encuentra su fundamento último en la mismísima dignidad de la persona. Por eso, el ser humano es capaz de reconducir su vida, de retomar el rumbo frenético en el que le han introducido las circunstancias de la vida, de romper con toda suerte de espirales deterministas, adicciones sin salida aparente, patologías sin cura y hacerse conductor responsable de su propia existencia.

Universidad Pontificia de Salamanca

Desde nuestra experiencia de acompañamiento a infractores, tan importante como la convicción de que alguien pueda cambiar, es la concurrencia de un facilitador casi imprescindible: alguien que crea en la recuperabilidad de la persona y tenga la audacia de apostar comprometidamente por ello. De nuevo, resalta la importancia de la comunidad y de servicios sociales de apoyo.

En definitiva, la Justicia Restaurativa, al tiempo que responsabiliza frente a la víctima y le compromete a la reparación del daño causado, atiende a las necesidades reales del infractor[18], especialmente la de tener una explicación del mal causado por parte de la persona que lo ha sufrido, le posibilita la reincorporación a la sociedad, que se analice la etiología del delito y que se atiendan sus déficits personales y sociales si los hubiere. En definitiva plantea un modelo de Derecho penal que solo encuentra su justificación si actúa orientado hacia el futuro. Desde aquí, el núcleo del Derecho punitivo no es la mera respuesta individual a un daño concreto, sino que se encamina también hacia la lesividad social del delito y a la atención a las víctimas, tanto actuales como potenciales[19].

3.6. Una apuesta por la sociedad

La Justicia Restaurativa parte del presupuesto de que el delito es un problema social y comunitario" y, por consiguiente, es "un problema "de" la comunidad que surge "en" la comunidad y debe resolverse "por la comunidad"[20]. Por eso, en su empujón hacia la minimización del Derecho penal, no se contenta con devolver el protagonismo a las partes procesales. Pretende devolver el protagonismo a la sociedad civil, generar tejido social, crear sinergias que mejoren la calidad de vida, etc. La participación de los ciudadanos en lo público no puede limitarse a emitir un voto cada cuatro años o, en el caso de la administración de justicia, a ser eventualmente designados como jurado popular. La comunidad puede y debe involucrarse en la prevención del delito, en el tratamiento del mismo y en la reintegración social de los infractores. Es una de las múltiples formas de ejercicio de ciudadanía democrática.

[18] P. Sánchez Álvarez, "Mediación penal comunitaria: desde dónde y hacia dónde", en Consejo General del Poder Judicial, *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación,* Madrid, 2007, 25 ss.

[19] A. Martínez Arrieta, "*La mediación y su incorporación al proceso penal español",* en I Jornadas sobre Mediación penal y Drogodependencias. Cfr. www.larevistilla.org

[20] A. García-Pablos de Molina, *Tratado de criminología,* Tirant lo Blanch, Valencia 1999, 99-100.

Universidad Pontificia de Salamanca

Además, este modelo de Justicia revierte positivamente en la sociedad a través de la afirmación de sus valores comunes, el incremento de la confianza en la administración de justicia penal y como modo de sosegar el miedo difuso de la sociedad, permitiendo paliar los peligros que subyacen en buena parte de los conflictos penales, tales como la desigualdad, la pobreza, las adicciones, patología mental, la carencia de recursos sociales para determinados colectivos, el aumento de la violencia entre las personas, el temor a los diferentes y, en definitiva, la fractura social en sociedades de identidades complejas.

Por otra parte, esta dimensión social y comunitaria impide la sacralización del orden social y jurídico establecido, permitiendo el cuestionamiento ya mencionado desde el superior criterio axiológico de si atiende o no a las necesidades reales de las personas y si salvaguarda la dignidad de todos. Constituye una suerte de elemento externo de legitimidad material del Derecho y de sus prácticas. La vocación restauradora supone una metodología dialogal para obtener el fin de toda justicia, dar a cada uno lo suyo. Por esa razón, "el garantismo penal ha de ir necesariamente acompañado del garantismo social" (L. Ferrajoli).

Esta apuesta comunitaria no sólo aparece vinculada a los orígenes de la Justicia Restaurativa y al instituto de la mediación, sino que aparece explícitamente recogido por la Organización *de* Naciones Unidas en múltiples ocasiones. Entre otros ámbitos, en el X Congreso para la Prevención del Crimen, se señaló la necesidad de impulsar "el desarrollo de políticas de justicia restaurativa, procedimientos y programas que fuesen respetuosos con los derechos, necesidades e intereses de las víctimas, de los infractores, de *la comunidad* y de todas las otras partes". En todos los documentos se insiste en que "muchas de estas alternativas facilitan a las partes afectadas, y frecuentemente también a la comunidad en la que se desenvuelven, una oportunidad para participar en la resolución de los conflictos y en la responsabilización de sus consecuencias. La participación de la comunidad en este proceso dista mucho de ser abstracta, por el contrario es bien directa y concreta. Por eso, en muchos países la idea de involucrar a la comunidad goza de un amplio consenso"[21].

Aunque pueda sonar grandilocuente, la *Justicia Restaurativa no se reduce al sistema penal*. Es una forma de entender las relaciones

[21] United Nations, Office on Drug and Crime, *Handbook on Restorative Justice,* Vienna, November 2006, pp. 5-6. En idéntica dirección, La UNODC de Naciones Unidas (Office on Drugs and Crime) ha publicado recientemente el *Handbook on Restorative Justice Programmes* (Viena 2006), donde se destaca el papel de la comunidad, el voluntariado y las ONG. Desarrolla los postulados de los *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters* aprobados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en el año 2002.

Universidad Pontificia de Salamanca

sociales, comunitarias políticas e internacionales, porque supone, en definitiva, un modo de entender al ser humano como abierto, sociable, en diálogo, auténtico ser de posibilidades, capaz de abrirse a lo inédito viable y susceptible de resolver los conflictos de modo pacífico, reparador y dialogal.

4. Facilitadores de la justicia restaurativa

Para entender mejor sus presupuestos conviene destacar sus orígenes. La antropología cultural nos ha puesto de manifiesto formas extraordinariamente civilizadas y no violentas de resolver gravísimos problemas en tribus mal llamadas primitivas. También la Biblia recoge formas restaurativas de evitar "la muerte del delincuente y de procurar que se corrija y viva"[22]. En los Evangelios aparecen citas explícitas: "busca un arreglo con el que te pone pleito mientras vais de camino, no sea que te entregue al juez, y el juez al guardia, y te metan en la cárcel"[23]. En el continente africano es digno de mención el *ubuntu* (recomposición comunitaria de heridas sociales). Sin embargo, nos centraremos exclusivamente en los antecedentes próximos de este modelo.

Uno primero, remoto, pero relevante a nuestro juicio, viene de aunar el humanitarismo compasivo propio de la *cosmovisión cristiana* con los llamados *giros lingüístico y dialógico* producidos en la filosofía de la primera y segunda mitad del siglo XX, respectivamente. En efecto, a la dinámica empática del primero –ponerse en el lugar del otro–, su apuesta fuerte por la dignidad de la persona, los derechos humanos que le son inherentes y el carácter perfectible del ser humano, se unía el cambio de sujeto pensante de las nuevas filosofías: del "yo" al "nosotros" y la consiguiente introducción de referentes éticos centrados en la idea de diálogo[24]. Del "cogito" (yo pienso) se pasó al "hablamos". Ambas influencias otorgan a la Justicia Restaurativa una importante dimensión ética meta-instrumental.

Más directamente, la Justicia Restaurativa nace vinculada a diferentes movimientos preocupados por la humanización del sistema

[22] El antiguo derecho bíblico, además de acudir al *mispat* o procedimiento dialéctico entre tres (ofendido, ofensor y juez), cuando existían fuertes vínculos existenciales entre las partes enfrentadas se acudía al *rib,* que se distancia del enjuiciamiento en que busca el reconocimiento de mal causado, la reparación de la ofensa, la reconciliación, la paz y el restablecimiento de los vínculos religiosos, comunitarios y sociales. Cf. C. M.Martini y G. Zagrebelsky, *La exigencia de justicia,* Trotta, Madrid 2006.

[23] Lucas 12, 58 y Mateo 5, 25.

[24] El exponente más significado del giro lingüístico es L. Wittgenstein y de las éticas dialógicas J. Habermas y K.-O. Apel.

Universidad Pontificia de Salamanca

penal y por aliviar el sufrimiento que introduce el delito y sus consecuencias. Uno de ellos, consciente de la hipertrofia del sistema penal, del sufrimiento que genera y de su manifiesta incapacidad para cumplir sus funciones declaradas, es el que ha venido propugnando desde comienzos de los años 70 *alternativas a la prisión y* la introducción de un amplio catalogo de sustitutivos que amplían una visión hasta entonces exclusivamente vinculada a las teorías absolutas de las penas. En similar dirección, otra fuente inspiradora de la Justicia Restaurativa fueron los movimientos a favor de *los derechos humanos de las personas privadas de libertad,* cada vez más aisladas y alejadas de sus entornos, sobre todo a partir de la crisis teórica del modelo reinsertador (por cierto, sin haberse empeñado suficientemente en ponerlo en práctica).

Por su parte, los movimientos defensores de los derechos de las víctimas consiguieron introducir una nueva disciplina en la Criminología: *la victimología*[25]. De este modo, se empezó a tomar tardía conciencia de que el modelo convencional de Justicia, en su obsesión por el castigo e inocuización del culpable, olvidaba a la víctima que quedaba reducida a ser utilizada como mera prueba de cargo en la compleja "máquina de picar carne" en que acaba constituyéndose el sistema penal. Puesto en marcha, nada detiene esta sofisticada e impersonal maquinaria, ni siquiera la voluntad de la víctima que queda absolutamente enajenada del proceso penal y con frecuencia resulta, a la postre, injusticiada. Singular empuje dio al movimiento restaurativo y pacificador el Proyecto Alternativo de Reparación alemán de 1992, encabezado por Claus Roxin.

También surgieron voces que invitaban a superar la ineficacia de los modelos de justicia excesivamente verticalizados que se olvidaban de la comunidad y que acaban por generar una insana disociación entre el delito, el infractor, la víctima, la sociedad y la consecuencia jurídica impuesta, con distanciamiento geográfico, espacial y, sobre todo, vital del problema que acaba formalizado y despersonalizado. Tanto los planteamientos reformistas como los más radicalmente abolicionistas ponían de manifiesto las sinrazones del modelo vindicativo vigente y, sobre todo, la necesidad de poner límites al sufrimiento[26] evitable que provocaba el funcionamiento ordinario de la Justicia convencional.

Finalmente, no pueden dejar de mencionarse los movimientos pro justicia y paz. Han sido significativas *Las Comisiones de la Verdad* constituidas con el objeto de investigar objetiva y críticamente el

[25] Pionero en España es A. Beristain Ipiña, *Nueva Criminología desde el derecho penal y las víctimas,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; ID., *Victimología: nueve palabras clave,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

[26] Muy relevante en este sentido la obra ya citada de N. Christie, *Los límites del dolor.*

Universidad Pontificia de Salamanca

pasado en sociedades que han padecido situaciones trágicas de violencia interior, con el fin de restañar las heridas producidas y evitar que tales hechos vuelvan a repetirse en el futuro. A tal efecto, se constituyeron desde instancias oficiales unas veces ("Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas" en Argentina o "Comisión de Verdad y Reconciliación" en Chile y Suráfrica; "Comisión de la Verdad" en El Salvador), y otras creadas desde el propio tejido social (Brasil, Uruguay, Paraguay, Bolivia). También deben significarse como facilitadores instituciones supra-estatales como Naciones Unidas o entidades cívico-religiosas como la Comunidad de San Egidio con participación especial en resolución de conflictos africanos.

5. Nuestra experiencia con la justicia restaurativa y la Mediación

El presupuesto básico del que partimos es que todo hombre y toda mujer, dotados de intrínseca e innegociable dignidad, son capaces de algo tan elemental como sacar lo mejor de cada cual cuando se enfrentan a un conflicto, sobre todo si son convenientemente ayudados por un mediador especialmente cualificado para esta tarea. Quienes suscribimos este libro llegamos a la conclusión de la neta superioridad ética del modelo de Justicia Restaurativa, no tanto por razones teóricas, sino por la constatación empíricamente reiterada por los datos de la realidad vivida por cuantos operadores jurídicos (jueces, abogados, fiscales, secretarios judiciales) han venido participando en las experiencias que describiremos.

Después de muchos lustros de acompañamiento, convivencia y encuentro con personas con biografías muy rotas, que habían delinquido muchas veces y padecido todo tipo de enfermedades, bastantes son hoy simplemente nuestros amigos que apoyan nuestro propio caminar vital. No sólo han abandonado la senda del delito y superado el lastre de dependencias arraigadas, sino que, además, han apostado por estilos de vida y modos de afrontar los problemas asentados en valores fuertes como la no violencia y la solidaridad. A la vista de tantas y tan reiteradas respuestas –nunca, es verdad, tanto como nos gustaría– no debe causar extrañeza la pasión con que defendemos este presupuesto antropológico de la Justicia Restaurativa.

Esta visión amable del ser humano –consciente también de las miserias que a todos nos habitan– también la hemos encontrado en las victimas de los delitos, incluso de delitos violentos. Nos ha sorprendido gratísimamente que lo que la gente busca con ahínco es una explicación y una disculpa y, no tanto, como inicialmente pensábamos, una reparación patrimonial. La misma feliz sorpresa se ha puesto de manifiesto cuando nos hemos encontrado con operadores jurídicos

Universidad Pontificia de Salamanca

entusiastas (jueces, abogados, fiscales, secretarios judiciales). Todo ello ha permitido ir multiplicando los proyectos de mediación, más allá de consideraciones ideológicas, adscripciones políticas o convicciones morales y religiosas. Algo muy hondo y muy intenso está tocando la Justicia Restaurativa que parece apuntar al espesor de lo humano. No olvidarlo es algo que nunca destacaremos bastante. En ese sentido, queremos distanciarnos de una perspectiva meramente pragmática y utilitarista que lo reduzca a un modo de "sacar papel", "lograr una indemnización" o "conseguir una rebaja de la pena". Siendo respetables esos objetivos, son reduccionistas y acaban desvirtuando la mediación y olvidando las premisas de las que bebe y los fines más elevados a los que sirve. No se trata de apostar por la mera utilidad ni por una aplicación rigorista de los principios que obvie las consecuencias, ni tampoco de oponer legalidad a oportunidad, sino de releerlo todo desde los valores dignificadores a los que sirve la Justicia Restaurativa. Ello no supone negar los fines del Derecho penal, pero sí llevarlos más allá con aportaciones finalísticas genuinas para cada uno de los actores, de la comunidad y del propio sistema de justicia penal.

Se trata de poner rostro y biografía al papeleo inmenso del proceso penal y de superar el diagnóstico de Carnelutti: "desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes… la tortura, en las formas más crueles, ha sido abolida, al menos en el papel; pero el proceso mismo es una tortura"[27]. Mucho tiempo después, L. Ferrajoli señalará que "el Derecho penal, aun rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política". Un análisis del sistema penal en sus consecuencias, revela que es también certera la afirmación que parafraseamos del obispo D. Pedro Casaldáliga: "El sistema penal casi siempre muerde a los descalzos". En su formulación práctica, es la simplista mecánica del "crimen y castigo".

Sin embargo, a pesar de estos diagnósticos, la Justicia Restaurativa no necesariamente supone una enmienda a la totalidad del sistema punitivo, ni reclama el abolicionismo del Derecho penal. Distanciada tanto del angelismo como del mero hobbesianismo, considera que los conflictos son inevitables en la vida de las personas, porque estamos instalados en la ambigüedad y lo contradictorio y lo paradójico nos pertenece. Somos capaces de actos sublimes y heroi-

[27] F. Carnelutti, *Las miserias del proceso penal*, Temis, Bogotá 2005, 48. Cit. por R. Sáez Valcárcel, "La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia", en Consejo General del Poder Judicial, *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid 2007, 37. Por cierto, este último artículo es del mayor interés.

Universidad Pontificia de Salamanca

cos que nos dignifican a todos (incluso a los más timoratos) y de las mayores aberraciones (que nos escupen indignidad a todos aunque estemos a miles de kilómetros de donde se produjeron). Con frecuencia, nuestra mayor cualidad suele ser también nuestra piedra de toque y acaba constituyendo también nuestro mayor defecto. Consciente de las patologías del ser humano y del sistema penal y de la necesidad del Derecho penal como soporte último de valores sociales y bienes jurídicos protegibles (en tanto amparan necesidades fundamentales), la Justicia Restaurativa defiende una dimensión de la dignidad humana no siempre suficientemente destacada: su carácter perfectible, su posibilidad de cambio, su potencial enorme de posibilidades frente a toda predeterminación.

Se trata, por tanto, no de negar el conflicto, ni de abolir lo que hemos construido hasta ahora, ni mucho menos de tirar por la borda el complejo edificio de garantías que hemos ido edificando sobre la base del Estado social y democrático de Derecho. Se trata más bien de repensar y de reorientar. De sustituir la frecuente mecánica "suma cero" (uno gana, pero necesariamente a costa de que otro pierda) por un dinamismo en que todos salgan ganando. Y ello es perfectamente posible, como mostraremos en los capítulos que siguen.

Nuestra pretensión siempre ha sido la misma*: humanizar el sistema penal y dignificar a quienes lo padecen* (víctimas e infractores; también, sin ironía, a veces, los propios operadores jurídicos). Si la ley del Talión supuso un indiscutible avance al introducir las respuestas penales tarifadas y proporcionadas, tiene aún más razón Gandhi cuando señala que "Ojo por ojo el mundo acabará ciego". El dinamismo del Sermón del monte, su matriz reconciliadora, la renuncia explícita a la segregación y a la exclusión definitiva de los agresores, su apuesta radicalmente igualitaria y universalista y su opción no violenta como forma de afrontar los conflictos constituyen un auténtico patrimonio que desborda las señas identitarias de un credo religioso.

6. Neutralizando los riesgos

Hace unos pocos años toda esta cuestión de la Justicia Restaurativa nos parecía un sueño; hoy hablamos de proyectos de ley, de perspectivas de futuro, de estatuto del mediador. Sin duda se abre un nuevo y apasionante momento que habrá de seguirse con la máxima atención. Al momento creativo suele continuar otro, normativo e institucionalizador que, siendo seguramente necesario, es también sumamente peligroso. Por ello, en esta nueva etapa habrá que estar muy al tanto para neutralizar riesgos que ahora simplemente apuntaremos, aunque reclaman una sosegada y más amplia reflexión.

Universidad Pontificia de Salamanca

El primero se refiere al proceso legislativo. Habrá que reclamar *transparencia en el proceso de regulación legal de la mediación*. Es importante que se cuente con todas las opiniones y con el mayor número de perspectivas posible, aunque, lógicamente, el legislador adoptará después las decisiones que estime más pertinentes asumiendo la correspondiente responsabilidad política.

Por otra parte, pensamos que *debe evitarse el "capillismo" de modelos*. No se trata de apostar por uno con exclusión de los demás, sino de asegurar que todos efectivamente tengan cabida. En el marco de la Justicia Restaurativa en el que nos movemos es evidente que el modelo de la *Mediación penal comunitaria* que venimos defendiendo y practicando desde marzo de 1998, no sólo tiene plena cabida, sino que es una de las formas más expresivas de la participación de la comunidad en la resolución de los conflictos de modo restaurativo.

Igualmente, habrá que *neutralizar el corporativismo profesional,* la concurrencia "interesada" de los Colegios profesionales peleando por alcanzar mayores cotas de poder e influencia. No olvidemos que un sector significativo de mediadores actuales no pertenece a ninguno de estos colectivos… Y hoy por hoy, la mediación funciona razonablemente bien. Esto no es incompatible, como es obvio, con la exigencia de una adecuada y específica cualificación personal y formativa de los mediadores comunitarios (aquí de nuevo, se ve el matiz que introduce la Justicia Restaurativa en cuanto comunitaria y extraprocesal).

Asimismo, *habrá de evitarse la aparición de los negociantes* o el desembarco de las empresas de servicios con ánimo de lucro o de lucro encubierto, ávido siempre de nuevos "yacimientos de inversión y empleo". Esto se dice, sin perjuicio de considerar que el mediador, sobre todo si se dedica a ello de manera profesional, deba de tener plenamente asegurada su situación laboral.

No en último lugar, debe impedirse que la mediación penal *acabe convirtiéndose en la panacea o la solución fácil para resolver problemas de otro tipo*. No se trata –por sensatos que a primera vista parecieran esos objetivos– de "quitar papel" para alivio del juez, del secretario o de la fiscal; ni de "bajar las penas", para alegría de la abogada, ni tampoco de "asegurar el cobro indemnizaciones" por parte de las víctimas. Más bien ha de lograrse que la razón "instrumental" no prime sobre los nobles objetivos de la mediación penal comunitaria. El reino de los fines debe ondear por encima del reinado de los medios. Lo repetimos: no estamos en presencia de una nueva herramienta, más humana, del sistema penal, sino de *una forma nueva de releer y cuestionar no sólo el sistema penal sino el propio sistema social*.

Universidad Pontificia de Salamanca

7. Algunas propuestas

Todas estas pretensiones derivadas de los postulados de la Justicia Restaurativa devendrán imposibles si no se superan ciertas patologías. Una, no pequeña, *es la esquizofrenia a que nos viene acostumbrando el legislador* en el último quinquenio, con independencia del signo del Gobierno en el poder. Las sucesivas reformas legales parecen sometidas a un extraño maniqueísmo: pareciera que el legislador "malo" se ocupase de establecer los tipos (cada vez más conductas tipificadas como delitos, con penas más gravosas y de más larga duración), mientras que el "bueno" trata de endulzar las formas de ejecución de las penas no privativas de libertad (suspensiones, trabajos en beneficio de la comunidad, etc.), reapareciendo de nuevo el "malo" en prisión, endureciendo el régimen, dificultando la progresión de grados, universalizando periodos de seguridad, etc. En definitiva, *no parece haber un modelo serio de política criminal*.

En este esfuerzo de coherencia, sería deseable la *reforma del proceso penal* buscando el equilibrio procesal entre la defensa y la acusación. Eso se lograría con un *Ministerio fiscal que se ocupara del impulso y la instrucción* del procedimiento dotado de la suficiente independencia que eliminase toda forma de sospecha de instrumentación política.

Dentro de este marco, sería deseable que *la mediación pudiera ser, en principio, aplicada universalmente ratione materiae*. Se trata de un auténtico derecho de la víctima y, por consiguiente, *debe poderse aplicar a todos los delitos*. No es atendible el argumento de que determinadas situaciones de asimetría en que se colocan víctima e infractor lo imposibilita. Ante todo, no estamos en una dinámica de poder sino en una de diálogo que trata precisamente de dar "enpowerment" a la parte más vulnerable, de nivelar, en definitiva, los "poderes" y allanar las desigualdades. A la postre, el argumento no es atendible porque, por definición, siempre se da una asimetría (moral y efectiva) entre quien infligió un daño y quien, no pudiendo evitarlo, lo padeció. Por otra parte, asimetría se produce entre el hombre maltratador y la mujer maltratada, pero también entre el estafador inmobiliario y el pequeño propietario de un piso que ve esfumarse sus ahorros de años, o entre el joven cocainómano y la anciana de 80 años atacada al sacar su pensión del mes del cajero automático. Particular crítica nos merece la actual regulación absolutamente restrictiva en materia de violencia de género. Debiera, siempre en interés de la víctima y siempre que no suponga una nueva victimización, permitirse al menos en los supuestos menos graves y a cargo de mediadores especializados en este tema.

La Justicia Restaurativa nace vinculada con todos los movimientos que propugnan *alternativas a la prisión*. Por ello, es hora de acabar con el trato privilegiado a determinadas situaciones –harto

Universidad Pontificia de Salamanca

discutibles desde el punto de vista de la política criminal– como la del drogodependiente, para *universalizar la posibilidad de acceder a la suspensión de condena por delitos menos graves a todos los infractores*. Así se evitan las drogodependencias simuladas o, lo que es peor, una auténtica inducción a la toxifrenia como forma de evitar el ingreso en prisión. Cuando el déficit de capacidad de culpabilidad ya se tradujo en las circunstancias modificativas, no se ve por qué el drogodependiente pueda acceder en exclusiva a un trato privilegiado que, por el contrario, debe ser universalizable a todos los delitos penados con menos de 5 años, atendidas las circunstancias del autor y, en particular, su predisposición a reparar el daño.

Otra fuente inspiradora de la Justicia Restaurativa fueron los movimientos a favor de los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Particular preocupación nos causan desde este punto de vista las condiciones de aislamiento penitenciario mantenido sin límite temporal y las "*condenas desmesuradas*", producidas por avatares técnico-jurídicos, que impiden aplicar las habituales limitaciones al tiempo de condena y que acaban generando condenas absolutamente desproporcionadas, equivalentes a efectiva prisión perpetua, en ocasiones por hechos que no merecen ni de lejos un reproche jurídico de esa magnitud. El desconocimiento de estas situaciones, aún en medios especializados, es clamoroso. Lo mismo se diga, a fecha de hoy, sobre remedios jurídicos eficaces a disposición de los Tribunales de Justicia para atemperar este rigor desmesurado.

Finalmente, y no es paradójico, *la Justicia Restaurativa confía en los seres humanos*; por ello, también en los *jueces*. Por eso, es partidaria de *asegurarles la independencia y las herramientas técnicas precisas* para que, en cada caso concreto a ellos sometido, puedan individualizar la respuesta penal que en justicia corresponda. Esto se dificulta con las reformas penales de los últimos años, desveladoras de una actitud de desconfianza del poder ejecutivo hacia el judicial y de la pretensión poco disimulada de cierta sumisión. Las serias limitaciones al arbitrio judicial mediante clausulas siempre restrictivas (p.e., "deberá", en vez de "podrá") han acabado endureciendo el régimen de aplicación de las penas. Por el contrario, pensamos, que como en otros países, debe permitirse al juez aplicar la pena justa, mediante cláusulas generales que permitan la rebaja penal en determinadas circunstancias, siempre motivadamente y revisables por la instancia superior. Paulatinamente, así se ha venido haciendo con determinados tipos penales (p.e., las lesiones del art. 147.2, el robo con intimidación del art. 242.3, etc.); ello debiera generalizarse, de modo que el legislador estableciera las penas máximas imponibles y después confiase al juzgador la posibilidad de aplicar las penas en función de la culpabilidad y de las circunstancias concretas en cada supuesto.

En último término, la Justicia Restaurativa *trata de vincular las políticas penales y penitenciarias con las políticas sociales y comuni-*

Universidad Pontificia de Salamanca

tarias. Se trata de una concepción de la justicia no nacionalista sino auténticamente planetaria que aspira a llegar a un "nosotros" tan amplio como el mundo. Es una Justicia desde la perspectiva del sistema mundo, que contempla a cada persona como titular absoluto de derechos y como ciudadano del mundo. Por eso no tolera ser restaurativa en lo penal y gravemente restrictiva de derechos en el ámbito de la extranjería, garantista en el proceso penal y groseramente negligente en los procedimientos de expulsión de los menores no acompañados, entre otros casos.

Hace muy poquitos años casi nadie había oído hablar por estos pagos ni de la Justicia Restaurativa, ni de la mediación. En el año 2001 el Consejo de Europa insta a establecer sistemas de mediación penal. En el pasado año 2006, se publica por Naciones Unidas El Manual de Justicia Restaurativa. En este momento se están multiplicando por todo el Estado proyectos de mediación penal. No deja de ser un momento ilusionante y demostrativo de que, en verdad, "Seguimos creciendo" señalaba el lema.

8. En síntesis: La Mediación debe nutrirse de los postulados de la justicia restaurativa

Como venimos destacando, el marco desde el que debe contemplarse la mediación penal y penitenciaria y otras iniciativas para la pacificación de los conflictos es el modelo de la Justicia Restaurativa. Es bastante más que una pátina humanitarista o un lavado de cara a la Justicia vindicativa. Plantea un modo sensato y humano de hacer frente a todo tipo de conflictos. Por eso, se entenderá que *la mediación no es un fin en sí misma*. Sólo despliega la plenitud de su sentido dentro del modelo de Justicia Restaurativa y como forma pacífica y socialmente participativa de afrontar los conflictos comunitarios.

En este sentido, conviene volver a recordar que la *Justicia Restaurativa, se opone frontalmente al modelo de la justicia vindicativa*, por lo cual no puede convertirse en un mero complemento de ésta sin quedar totalmente desvirtuada. En efecto, la Justicia vindicativa se centra primaria y monotemáticamente en el castigo del culpable y da una importancia casi única a las instituciones de control formal; por su parte, la Justicia Restaurativa procura la corresponsabilidad de la sociedad y de todo el tejido social en la prevención y evitación del delito, y en el tratamiento y la inserción social de los infractores. Mientras que la primera se asienta en la idea del monopolio de la violencia en manos del estado, la Justicia Restaurativa insiste en el diálogo y el encuentro personal como forma saludable y no violenta de restablecer la paz quebrada por el delito. La justicia vindicativa pone en acto la función social y simbólica del Derecho

Universidad Pontificia de Salamanca

penal mediante la amenaza de la pena y acudiendo a la privación de libertad en régimen carcelario; sin embargo, la Justicia Restaurativa acentúa la función de prevención y pacificación de los conflictos destacando la preocupación por atención efectiva de las necesidades reales de las personas, más en concreto de las partes procesales. En suma, mientras la Justicia vindicativa retribuye y se venga, aunque sea civilizada, tarifada y proporcionalmente, no logra sino sacar lo peor de cada cual. Por su parte, la Justicia Restaurativa repara, responsabiliza, sana, pacífica, y hace corresponsable a toda la comunidad, apelando a lo mejor de las partes procesales, del sistema y de la comunidad.

No estamos, por tanto, en presencia de una nueva herramienta, más humana, del sistema penal, sino *de una forma nueva de releer y cuestionar no sólo el sistema penal sino el propio sistema social*. En definitiva, no se trata de humanizar un modelo de justicia obsesivamente centrado en la idea del castigo y la expiación, sino de reformular todo desde el diálogo, la reparación del daño, la nivelación de las asimetrías sociales y de procurar propiamente la justicia.

Sin embargo, desde el punto de vista de su progresiva implantación, para llegar a constituirse en alternativa *al* sistema penal, primero habrá de serlo *en* el sistema penal[28]. Para ello será pertinente destacar la posibilidad de utilizar la mediación en todo tipo de delitos, pues se configura, ante todo, como un derecho de la víctima a una explicación y consiguiente reparación. Claus Roxin lo considera un principio *de "aplicabilidad universal" extensible incluso a delitos sin víctima*, en los que siempre cabría reparación simbólica, social, o a través de reparaciones en favor de la comunidad[29].

Finalmente, la Justicia Restaurativa reclama, una vez más, colgar el Derecho –no sólo el penal– de la *idea de justicia y de la satisfacción de las necesidades de las personas*. Toda una invitación a utilizar el sentido común en la administración de justicia procurando que sus operadores jurídicos se comporten normalizadamente como personas más que como personajes, atendiendo a todas las dimensiones de la vida de las personas afectadas. La Justicia Restaurativa confía en los jueces y fiscales. Por eso, es partidaria de asegurarles la independencia y las herramientas técnicas precisas para que, en cada caso concreto, puedan individualizar y aplicar con oportunidad la respuesta penal que en justicia corresponda. Este modelo de Justicia reclama también de la dogmática jurídico-penal y de los procesos rituales, excesivamente formalizados, airearse un poco con la vida real de las

[28] P. Luna Jiménez de Parga, "*Presente y futuro de la mediación penal*". *En Internet:* www.larevistilla.org

[29] C. Roxin, "La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones": *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial* 8 (1991), 19-30.

Universidad Pontificia de Salamanca

personas y sus contextos vitales para descubrir lo que acontece detrás de los papeles y no quedarse en imponentes construcciones legales de impecable factura pero ayunos de humanidad.

Hace unos pocos años toda esta cuestión de la Justicia Restaurativa nos parecía un sueño; hoy hablamos de proyectos de ley, de perspectivas de futuro, de estatuto del mediador. Sin duda se abre un nuevo y apasionante momento que habrá de seguirse con la máxima atención. Al momento creativo suele continuar otro, normativo e institucionalizador, que debe procurar no perder la "música" de la que beben las experiencias que se están desarrollando desde muchas plataformas ciudadanas. Hacer que todo ello brote de la Justicia Restaurativa es el mejor modo de no malograr el intento.

Universidad Pontificia de Salamanca