

EL PARADIGMA DE HUMANIDAD EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI

*Presidente de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa
Doctor en Derecho. Universidad del País Vasco UPV/EHU*

Resumen: La Justicia restaurativa es el modelo de justicia que, en el actual momento histórico, contiene de la mejor manera posible las exigencias del paradigma de humanidad, paradigma que precisa que la justicia del caso concreto trate de satisfacer hasta el máximo de lo posible las necesidades de los seres humanos que, como víctimas o infractores, participan en el proceso que se promueve ante jueces o tribunales.

Laburpena: Gaur egun bizi dugun momentu historikoan, gizateriaren paradigmatik eskakizunak hoberean jasotzen dituen eredia konponbiderako justizia da; izan ere, honako hau da gizateriaren paradigmatik eskatzen duena: kasu zehatzaren justiziak ahal den neurrian ase ditzala epaimahaien aurrean sustatu den prozesuan biktima zein arau-hausle gisa parte hartuko duten gizakien beharrak.

Résumé : Dans le moment historique actuel, la justice réparatrice est le modèle de Justice qui comprend au mieux les exigences du paradigme de l'humanité, un paradigme qui exige que la justice du cas concret essaie de répondre, dans la mesure du possible, aux besoins des êtres humains qui, ou bien comme des victimes ou bien comme des infracteurs, participent au processus pénal suivi devant les juges ou tribunaux.

Summary: Nowadays, restorative justice is a model of justice that includes the requirements of the humanity paradigm in the best way possible. This paradigm requires that justice for a given case should attempt to satisfy the needs of all human beings, victims or offenders, involved in any proceedings before the courts.

Palabras clave: paradigma de humanidad, la dignidad humana, la memoria, el relato, la recreación pacificadora, la justicia del caso concreto.

Gako-hitzak: gizateriaren paradigma, giza duintasuna, memoria, kontakizuna, birsorkuntza bakegilea, kasu zehatzaren justizia.

Mots clef : paradigme d'humanité, la dignité de l'homme, la mémoire, le récit, la récréation pacificatrice, la justice du cas concret.

Key words: paradigm of humanity, human dignity, memory, pacifying re-enactment, justice of a specific case.

SUMARIO

- I. El paradigma de humanidad en el sistema de justicia.
- II. El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa.
- III. A modo de conclusión.

En pocas palabras, la Dogmática penal hodierna pretende, desde diversos puntos de vista, superar la Dogmática penal, el Derecho penal y la Criminología tradicionales, para colocar, preferencialmente, en el centro, a las víctimas, a la sanción reparadora y dignificadora de las víctimas (sin merma –al contrario con aumento– de las garantías del delincuente; éste puede ejercer sus derechos en el nuevo sistema procesal de mediación-conciliación).

Antonio Beristain Ipiña¹

I. EL PARADIGMA DE HUMANIDAD EN EL SISTEMA DE JUSTICIA

Es un punto de partida de general aceptación vincular la eficacia del sistema de justicia con la efectividad de la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas que postulan su amparo (artículo 24.1 de la Constitución). La doctrina jurídica sobre este Derecho Fundamental es pacífica y conocida². Quisiera únicamente resaltar que en su axiología la persona es el fin y la protección eficaz de sus derechos el medio. Por ello, precisamente, el sistema judicial tiene al ser humano como sujeto referencial, lo que hace del paradigma de humanidad el criterio vertebral para evaluar la calidad del modo y manera con la que solventan las controversias que se someten a su consideración. El paradigma de humanidad exige que la justicia trate de satisfacer hasta el máximo de lo posible las necesidades de los seres humanos que, bien como víctimas o como infractores, participan en el proceso que se promueve ante jueces o tribunales. Su presencia es independiente de la forma en que se plasme la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado –artículo 117.3 de la Constitución–. Por lo tanto, el paradigma de humanidad debe impregnar la justicia tanto cuando responde a una estructura heterocompositiva –en la que el juez resuelve una contienda entre partes confrontadas– como cuando descansa en un modelo autocompositivo –en la que el juez homologa la solución conferida al conflicto por las partes originariamente en disputa–. En la fórmula heterocompositiva destaca la potenciación del juicio como un espacio en el que los individuos emiten los relatos en los que plasman sus vivencias, y lo relevante del traslado a los mismos de una respuesta que, al estar fundada en razones atendibles y comprensibles, ofrece un mensaje dotado de una elevada calidad comunicativa. En el modelo autocompositivo se prioriza la construcción de un marco de diálogo que se alimenta del respeto, la escucha, la comprensión y la recreación conjunta de lo dañado.

1. BERISTAIN IPIÑA, Antonio, (2009). *La dignidad de las macrovíctimas transforma la Justicia y la convivencia (In Tenebris, Lux)*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 143 y s.

2. El derecho a la tutela judicial efectiva abarca tres prestaciones exigibles de los órganos judiciales: el acceso a la jurisdicción, la resolución motivada de las pretensiones ejercitadas por las partes y la ejecución de lo resuelto. Respecto al acceso a la jurisdicción, la interpretación judicial de las normas de acceso al proceso está guiada por el principio *pro actione* (cuando se trata de acceso a la instancia) o por el canon constitucional de interdicción de la arbitrariedad, cuando se trate del acceso a los recursos legales (por todas, STC 67/2011, de 16 de mayo). Con relación a la motivación congruente se exige de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes (por todas, STC 68/2011, de 16 de mayo). Finalmente, la ejecución de lo resuelto, precisa llevar a efecto lo acordado en una resolución firme pues, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos en ellos reconocidos no serían otra cosa que una declaración de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna (por todas, STC 190/2004, de 2 de noviembre).

El paradigma de humanidad tiene presencia en los tres planos en los que se desenvuelve la tutela judicial: el hecho (qué ocurrió), su significación jurídica (qué sentido le atribuimos a lo que aconteció) y la reacción (qué respuesta conferimos a lo acaecido conforme al sentido que le hemos atribuido).

En el campo de los hechos únicamente resulta plausible la justicia del caso concreto, la que consiste en un andar buscando en las vicisitudes del suceso enjuiciado³. Ello evidencia que para el juez el caso es un acontecimiento problemático que requiere una respuesta definida. La especificidad del caso viene provocada por la unicidad y singularidad de cada una de las personas que integran la interacción enjuiciada. Para proteger –y la función esencial del juez es la de ser garante de los derechos– es necesario comprender. La comprensión del caso presupone que se entienda el sentido subyacente de los intereses en conflicto. Únicamente de esta manera la ponderación judicial será un valor que añada algo a lo que preexistía a su emisión.

En el campo de la significación jurídica es preciso perfilar el contexto de valores que promovemos o tutelamos a la luz de la normativa supranacional, constitucional y legal que nos vincula. Ello legitima diferenciar en el hecho dos perfiles: el estrictamente natural –definido por la descripción del suceso que irrumpe o emerge en la biografía de una o varias personas– y el hermenéutico –pergeñado por la lectura que conferimos a lo ocurrido a la luz de un sistema de valores determinado⁴–.

Los criterios interpretativos que justifican una significación respetuosa con el paradigma de humanidad se perfilan nítidamente en el artículo 10.1 de la Constitución al hacer descansar el orden político y la paz social en cuatro bases:

- La dignidad de la persona –es decir, el derecho a ser de cada uno de los seres humanos⁵–.
- Los derechos inviolables que le son inherentes –es decir, los que reconocen su individualidad exclusiva e incluyente que sirve de molde a su mismidad–.
- El libre desarrollo de su personalidad –es decir, la oportunidad de desplegar la potencialidad concreta que anida en cada ser humano–.
- Y, finalmente, el respeto a la ley y a los derechos de los demás– es decir, el reconocimiento del otro como complementario con el que se comparte desde la diferencia–.

En el campo de la respuesta, la reacción judicial debe ser permeable a las funciones que tiene asignadas en la sociedad de la comunicación. En el plano social, a la comunidad se le traslada el mensaje de que el orden normativo constituye una pauta válida para regir la convivencia en el espacio público y privado. En el plano individual al infractor,

3. G. ZAGREBELSKY, “La idea de justicia y la experiencia de la injusticia”, *La exigencia de justicia*, ed. Trotta, Madrid, 2006, p. 44.

4. M. REYES MATE, *Lucas en la ciudad democrática*, ed. Pearson Educación SA, Madrid, 2007, p. 102.

5. Es preciso diferenciar la dignidad general, inherente a toda persona, de la específica dignidad victimal. La primera resalta el valor final inherente al derecho a ser de toda persona. La segunda pone de manifiesto la mayor calidad altruista, ética que se anuda a un “darse” u “ofrecerse”. A. BERISTAIN, *La dignidad de las macrovíctimas transforma la Justicia y la convivencia, (In Tenebris, Lux)*, ed. Dykinson, Madrid, 2010, pp. 41 y 91.

tras desaprobar su conducta, se le conmina para que se responsabilice del daño causado y a la víctima se le reconoce la injusticia padecida y, por ello, se le repara el daño sufrido.

En los planos sociales e individuales referidos la memoria es un valor que sirve a la justicia cuando favorece la comunicación y el intercambio de experiencias entre los diferentes grupos que integran el tejido comunitario. Para ello, hay que huir de dos posiciones antagónicas: su sacralización y su banalización. La sacralización recluye el significado de la experiencia deletérea al grupo que la padece, mientras la banalización priva de todo sentido específico a la referida vivencia⁶. El punto en común de ambas situaciones es que favorecen la introspección grupal y, en consecuencia, posibilitan la “guetización” comunitaria. El despegue de ambas perspectivas estancas es integrar la memoria en la experiencia común, recordando lo ocurrido –lo que deslegitima el olvido–, ponderando su sentido en términos de justicia –lo que elimina lo vengativo– y construyendo las dinámicas de desenvolvimiento comunitario desde el valor asignado a la referida experiencia –lo que favorece lo reconstructivo⁷–.

La mayor o menor presencia en la respuesta judicial del valor del recuerdo, del valor de la justicia y del valor de la reconstrucción producirá pacificaciones de disímil relevancia. El mínimo será la coexistencia, articulada en torno al respeto y la falta de ofensa. El máximo será la convivencia fundada en un proyecto de vida común desde el que fluyen las diferencias.

Paradigmática es, al respecto, la importancia que la normativa vigente confiere a la memoria en la victimación terrorista. El artículo 8.1 de la Ley del Parlamento Vasco 4/2008, de 19 de junio, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo estipula que el derecho a la memoria abarcará las injusticias padecidas por todos aquellos ciudadanos inocentes que hayan sufrido las acciones terroristas y tendrá como elemento esencial el significado político de las víctimas del terrorismo. Esta última significación se concreta, según refiere el artículo 8.2 de la precitada ley, en la defensa de todo aquello que el terrorismo pretende eliminar para imponer su proyecto totalitario y excluyente, aniquilación que abarca las libertades encarnadas en el Estado democrático de derecho y el derecho de la ciudadanía a una convivencia integradora. Esta importancia axiológica de la victimación terrorista justifica que se atribuya a los poderes públicos la labor de promoción del asentamiento de una memoria colectiva que contribuya a la convivencia en paz y libertad y a la deslegitimación total y radical de la violencia y se precise de la ciudadanía un reconocimiento social de la significación política de las víctimas del terrorismo (artículos 8.1 y 2 de la Ley 4/2008).

Por su parte la Ley estatal 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección integral a las víctimas del Terrorismo, exige que el valor de la memoria salvaguarde y mantenga vivo el reconocimiento social y político de las víctimas del terrorismo al simbolizar la defensa del Estado democrático de Derecho frente a la amenaza terrorista (artículo 2.1).

6. T. TODOROV, *La experiencia totalitaria*, ed. Círculo de Lectores, Barcelona, 2010, p. 35.

7. La justicia de la víctima supone reconocer que posee una mirada singular de la realidad y que lo que es así visto forma parte de la realidad. En concreto, la víctima ve algo que escapa al verdugo y al espectador: el significado del sufrimiento declarado insignificante para la cultura dominante. M. REYES MATE, *Memoria de Auschwitz*, ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 258.

II. EL PARADIGMA DE HUMANIDAD EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Tras una evolución que transita de la óptica retribucionista a la visión resocializadora y de ésta última a la perspectiva reparadora, en la actualidad es el modelo de justicia restaurativa⁸ el sistema de justicia que permite la lectura más completa del sentido que tiene el delito para el autor, la víctima y la comunidad⁹. Y ello porque tanto en la concepción del delito, como en la determinación de las respuestas, así como, finalmente, en la definición del modo de valorar el delito y obtener las respuestas tiene en cuenta las necesidades de cada uno de los integrantes de la interacción disruptiva que supone la infracción penal y permite, además, que cada uno de ellos tenga la ocasión de trasladar su perspectiva.

Si el delito constituye una conducta desarrollada por una o varias personas (los victimarios) que, vulnerando la ley penal aprobada por la comunidad a través de sus instituciones, ocasiona un daño real (lesión) o potencial (peligro) a otras personas (las víctimas), en el diseño del espacio donde se elabora la respuesta –es decir, el proceso– tienen que estar como protagonistas las víctimas, los infractores y la comunidad y, asimismo, en la articulación de la respuesta tiene que haber elementos que conduzcan a la pacificación individual y social. Estas exigencias no son atendidas por los modelos retribucionista, resocializador o reparador. Y ello, por dos motivos conectados con el qué se tutela y el cómo se tutela. El primero –qué se tutela– circunscrito a la significativa prioridad que en cada uno de estos modelos se confiere a la atención de uno de los intereses comprometidos por el delito, orillando al resto: en el retribucionista, se atiende a la comunidad; en el resocializador se prioriza al infractor y en el reparador se protege a la víctima. El segundo –cómo se tutela– conectado con la manera en el que se satisfacen los intereses calificados como preferentes: en un contexto adversarial –donde la confrontación es, por tanto, estructural– y vertical– donde la resolución del conflicto se atribuye a un tercero neutral dotado de poder–.

8. En el seno de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa existen una serie de normas sobre la justicia restaurativa. En el Consejo de Europa descollan la Recomendación N^o R. (99) del Comité de Ministros sobre la mediación en asuntos penales; la Resolución Ministerial N^o 2 sobre la misión social del sistema de justicia penal –justicia restaurativa (2005) y, finalmente, la Recomendación N^o R (2006) sobre la asistencia a las víctimas. En las Naciones Unidas destacan Los principios básicos sobre la utilización de los programas de la justicia restaurativa en asuntos penales (2002) y el Manual de Programas de Justicia Restaurativa (2006). En la Unión Europea existe la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 sobre la posición de las víctimas en el proceso penal y la Directiva del Consejo 2004/80/CE de 29 de abril de 2004 sobre la compensación a las víctimas del delito. Tal y como señala VARONA esta normativa internacional recoge cinco características principales de la justicia restaurativa: la comunicación entre las víctimas y victimarios, basada en el respeto y la solidaridad; la existencia de un proceso voluntario en el que interviene de forma objetiva un mediador o un facilitador; la implantación de la reparación de la victimación como objetivo; el desarrollo por el victimario de una conducta encaminada a la reparación de los daños causados y la presencia de una labor de apoyo de la comunidad. G. VARONA, “La justicia restaurativa y la mediación penal”, VV.AA, *Jornadas sobre la justicia restaurativa*, Pamplona, Universidad de Pública de Navarra, 2011, de próxima publicación.

9. En la actualidad confluyen en el sistema penal dos tendencias antitéticas. Una que hace de la seguridad un derecho y, de esta forma, alienta un populismo punitivo que hace de la retribución el objetivo definido de la intervención penal; otra, que apuesta por la articulación de espacios de comunicación entre la víctima y el victimario que fomenten la búsqueda dialogada de la reparación del daño sufrido por la víctima y la inserción social positiva del victimario.

Los requerimientos individuales y sociales son contemplados, por el contrario, en la justicia restaurativa, tanto en la delimitación del qué se tutela como en la configuración del cómo se tutela.

En el qué se tutela la justicia restaurativa tiene en cuenta las necesidades del infractor, de la víctima y las provenientes de la comunidad. Al infractor le comunica que ha cometido un hecho que ha causado un daño injusto a una o varias personas. Por tal motivo desaprueba su conducta y le exige llevar a cabo todo lo que está en sus manos para restañar el daño. A la víctima le traslada que el daño injusto que ha sufrido no es fruto del azar o de un caso fortuito sino consecuencia del comportamiento de una o varias personas. Por ello le reconoce el derecho a ser reparada. A la comunidad le transmite que el daño injusto cometido por una persona sobre otra ha quebrado el marco normativo que regula la convivencia. De esta manera resulta legítimo imponer remedios punitivos idóneos para restablecer la vigencia de la norma.

En el cómo se tutela la justicia restaurativa permite a cada uno de los intervinientes ofrecer su mejor versión, aquella que nace de valores como la comprensión de lo ocurrido, la responsabilidad por el daño causado, la potencialidad del desarrollo personal a partir del aprendizaje de la experiencia, la recreación del vínculo dañado y, finalmente, el compromiso comunitario.

La comprensión de lo ocurrido precisa que las víctimas y el infractor puedan narrar lo sucedido. El relato es una forma de hacer visible lo acontecido. Las víctimas conocen, de manos de quien fue su autor, por qué se les victimizó, lo que lo que les permite, en algunos casos, comprender el sentido que en su devenir vital tiene ser víctimas de un delito, recuperando márgenes de seguridad existencial perdidos por la infracción penal¹⁰. Los infractores perciben directamente las consecuencias que el delito ha provocado en la vida de las víctimas, favoreciendo su vinculación emocional con lo ocurrido. De esta manera se evita el fenómeno de “deshumanización” perceptible cuando la visualización del delito como conducta que daña a otra persona resulta fagocitada por la notable abstracción conceptual que provoca su consideración exclusiva como comportamiento que lesiona un valor o un interés¹¹.

La responsabilidad por el daño exige que el infractor haga suyo el delito cometido –el delito le pertenece, aunque no le define–, reparando lo destruido o deteriorado

10. Tras una victimación violenta las víctimas pierden generalmente la confianza básica en sí mismas y en los demás seres humanos. E. ECHEBURÚA, *Superar un trauma*, ed. Pirámide, Madrid, 2004, p. 30. En muchas ocasiones se traduce en una lesión psíquica al producirse una alteración clínica aguda derivada del trauma que le incapacita de forma significativa para hacer frente a los requerimientos de la vida ordinaria. J.A. GUIJA, “Aspectos psiquiátrico-forenses de la valoración de la víctima”, *El sufrimiento de la víctima. Psiquiatría y ley*, Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental, ed. Triacastela, Madrid, 2009, p. 35.

11. TODOROV diferencia dos significados de la verdad: la verdad fáctica, que reclama la adecuación entre las palabras y su objeto, y la verdad interpretativa, que tiene que ver con el sentido de los acontecimientos, su lugar en la historia humana y su alcance tanto para los contemporáneos como para las generaciones siguientes. T. TODOROV, *La experiencia...*cit, pp. 253 y 254. Como ejemplo de esta distinción, la Ley Autonómica 4/2008 establece, en su artículo 7.1, que los poderes públicos contribuirán al conocimiento de la verdad sobre las violaciones de derechos humanos derivadas de las acciones terroristas y las causas reales de la victimización, así como al reconocimiento público de dicha verdad, a fin de satisfacer los derechos que al respecto existen a las víctimas y sus familiares. Por su parte, el artículo 2 de la Ley estatal 2/2011 indica que el valor de la verdad pone de manifiesto la violación de los derechos humanos que suponen las acciones terroristas.

y, desde esta asunción, inicie un cambio de orientación vital que le aleje del delito. Ser consciente de que el delito ha perturbado severamente el orden existencial de la víctima y, desde esta consciencia, desarrollar conductas de restañamiento del daño causado, constituye la manifestación más seria de una dinámica de inserción social constructiva¹².

La potencialidad de un desarrollo personal, a partir del aprendizaje que conlleva la comprensión de las disímiles experiencias vitales protagonizadas, legítima reconocer que los seres humanos son sujetos libres y evolutivos y que, por lo tanto, tienen opciones reales de cambiar, de reconducir su vida. Ello supone admitir que quien ha delinquir tiene posibilidades de dejar de delinquir y que quien ha sido víctima tiene opciones de dejar de serlo. Provoca, por lo tanto, creer que es factible la reinserción social del infractor y la desvictimación de la víctima.

La recreación del vínculo dañado supone transitar de la ruptura causada por el delito a la pacificación integradora ofrecida por la solución. En otras palabras: ubicar un nosotros donde el delito creó un no a los otros. De esta forma se favorece que la comunidad vaya acogiendo a personas que han ido integrando en sus biografías la significación del delito a partir de estructuras dialógicas. Con ello se tutela a la víctima –que obtiene una reparación del daño a partir de una aportación personal de su causante–, se mejora el tejido social –al acoger a personas que confían en la aptitud del ser humano para comprender el sentido dañino de los hechos injustos y desarrollar un esfuerzo para proceder a su reparación–, y, finalmente, se posibilita una protección de las víctimas potenciales, dado que reduce el riesgo de recidiva la interacción con la víctima en un plano dialógico y la atención –en un espacio de escucha– de los factores criminógenos que, en su caso, aniden en el infractor– tales como adicciones, distorsiones cognitivas, falta de empatía social–.

El compromiso comunitario exige una involucración de la sociedad en la tarea de reconstrucción de lo deteriorado por el delito, pues la infracción es, también, un conflicto social que la comunidad tiene que resolver con la mayor eficacia y la menor aflicción. En este orden, la vertebración en un proyecto armónico de elementos como la visualización de las víctimas, la apuesta por la recuperación de los infractores y la confianza en procesos dialógicos es la materialización de un compromiso democrático que funciona como antítesis de la falta de involucración que conlleva la tiranía de la indiferencia¹³.

La materialización de la justicia restaurativa tiene que producirse a través de un procedimiento en el que, con la ayuda de un tercero, el infractor y la víctima pergeñan una respuesta al delito validada por quien representa a la comunidad. Este procedimiento es la mediación¹⁴, en el que se busca una solución autocompositiva al delito a

12. En palabras de BERISTAIN: El victimario ha de conocer y sentir que las víctimas son de carne y hueso, y que él es el sujeto activo capaz de destruir...Y también capaz de hacer, reglar, crear y recrear. A. BERISTAIN, *La dignidad...*, cit, p. 231.

13. J. RAMONEDA, *Contra la indiferencia*, ed. Círculo de Lectores, Barcelona, 2010, pp. 10, 39 y 165.

14. Existen diversas modalidades de mediación. Algunas grupales –conferencias, círculos, reuniones– otras bilaterales –diálogos–. C. PIÑEYROA/S. VALIMANA/A. MATEO, *El valor de la palabra que nos humaniza*, ed. Asociación ¿hablamos?, Zaragoza, 2011, pp. 28-32.

través de la cooperación e inclusión. La mediación, como instrumento al servicio de las exigencias de la justicia restaurativa, descansa en cuatro criterios vertebrales:

- La consideración del infractor y de la víctima como personas que pueden caminar de la relación yo-él –creada por la disrupción provocada por el delito– a la relación yo-tú –diseñada por la construcción integradora–.
- La implantación de un espacio de encuentro entre el infractor y la víctima permeable al análisis reposado de la significación que la irrupción del delito ha tenido en sus proyectos vitales.
- La presencia de un mediador¹⁵ imparcial y adecuadamente formado, encargado de crear las condiciones precisas para el diálogo entre el infractor y la víctima.
- La construcción por la víctima y el infractor de una respuesta vertebrada en torno a la reparación adecuada del daño causado, reparación que puede ser simbólica (admisión de la responsabilidad y petición de disculpa a la víctima), prestacional (realización de una actividad en beneficio de la víctima o de terceros, inicio de un proceso de deshabituación de tóxicos o comienzo de una estrategia terapéutica o formativa para eliminar o contener los factores criminógenos), o material (abono de una cantidad de dinero en concepto de indemnización). Todos estos tipos de reparación tienen cabida en el artículo 112 del Código Penal, cuando estipula que la reparación del daño podrá consistir, además de en obligaciones de dar, en obligaciones de hacer o no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa.

El cumplimiento de estos presupuestos permite que la mediación cumpla objetivos tan significativos como la responsabilización, la reparación, la restauración y el restablecimiento de la vigencia normativa.

La mediación penal se ha desarrollado en torno a dos modelos. El primero, denominado comunitario, se asienta en el propio entramado social y trata las controversias derivadas de la convivencia como conflictos dimanantes de la interacción social. El segundo, designado como *diversión*, se integra en la justicia penal y su objetivo es la búsqueda y favorecimiento de soluciones a los litigios, a través de un procedimiento que conduzca a la reparación del daño causado a la víctima.

A mi juicio cuando las controversias tienen naturaleza penal y afectan, por lo tanto, al orden jurídico concebido para prevenir las infracciones más graves a los intereses jurídicos esenciales para la convivencia comunitaria, la reacción al hecho criminal debe ser homologada por el Estado, a través del sistema institucional de Justicia. Por ello, únicamente concibo la mediación como una fórmula compositiva integrada en la justicia penal. De esta manera la estructura estatal diseñada por el Estado para resolver

15. El mediador es la persona que facilita el diálogo entre la víctima y el victimario desde la persuasión que, para no contaminar el espacio, debe estar privada de toda potencialidad impositiva, lo que descarta que tal función la asuma el juez o el fiscal. I. FLORES, “Justicia restaurativa y mediación penal entre agresores y víctimas: ¿Una alternativa al *ius puniendi* del Estado?, *El sufrimiento de la víctima. Psiquiatría y Ley*, ed. Triacastela, Madrid, 2009, p. 216.

controversias (el Juez, el Ministerio Fiscal) garantiza que el proceso de mediación sea respetuoso con la libertad y los derechos procesales básicos de los participantes, verifica que la respuesta a la infracción penal sea idónea para cumplir los objetivos individuales y comunitarios asignados a toda reacción al delito y facilita que, finalmente, los acuerdos reparadores a los que se llegue en la mediación se hagan efectivos, en el caso de que voluntariamente no sean llevados a la práctica¹⁶. En otras palabras: la mediación reparadora sería un modelo de justicia dentro del sistema penal¹⁷.

La justicia restaurativa tiene diversas significaciones según la mediación reparadora se realice antes del juicio o una vez emitida la sentencia¹⁸.

La reparación previa al juicio constituye una conducta voluntaria del infractor que, por una parte, desautoriza la abrogación factual del orden jurídico que supuso el delito por él cometido –ratificando de esta manera la vigencia de la norma como pauta rectora de la convivencia– y, por otra, reconoce lo injusto del daño causado a la víctima. Ambos mensajes devalúan la necesidad preventiva de la pena, lo que justifica que se valore su presencia como una atenuante –artículo 21.5 del Código Penal– que autoriza que se imponga la sanción en su mitad inferior, si se estima como ordinaria, según dispone el artículo 66.1.1.^a del Código Penal o, incluso, se degrade la misma en uno o dos grados, si se pondera como muy cualificada –artículo 66.1.2.^a del Código Penal–.

La reparación tras la sentencia constituye un factor de neutralización del riesgo de recidiva que, cuando la pena de prisión impuesta no excede de dos años y el delito no se ha cometido a causa de una adicción, legítima que, si se trata de un delincuente que no tiene antecedentes penales por delito doloso, se acuerde la inejecución condicionada de la pena –artículos 80 a 83 del Código Penal–, y, si es un delincuente con antecedentes por delito doloso no cancelados o cancelables, siempre que no sea reo habitual, se proceda a su sustitución por la pena de localización permanente, multa o

16. A este modelo responde el artículo 10 de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/220/JAI), relativa al estatuto jurídico de la víctima en el proceso penal, cuando disciplina que: “Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida. Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que no se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales”. En España, en el Derecho Penal de adultos, no existe una regulación de la mediación. Se han implantado, sin embargo, experiencias pilotos o protocolos de actuación que implementan determinadas estrategias de mediación. En la Comunidad Autónoma Vasca existe un protocolo de mediación penal, cuya última versión data de mayo de 2011, que descansa en los siguientes principios básicos: la derivación judicial del asunto, la voluntariedad de la víctima y el acusado, el asesoramiento profesional de ambos y la confidencialidad del proceso. Como una expresión de la Justicia restaurativa –tal y como se indica en sus antecedentes– se define, en su artículo 2, la mediación como el procedimiento en el que quienes aparecen como infractor y víctima de un delito o falta de una forma voluntaria, con la asistencia de un mediador neutral o imparcial, tratan de alcanzar, a través de la comunicación y el diálogo en un espacio de encuentro, una reparación del daño injusto causado por la infracción. De esta forma, se concluye, se atienden las necesidades de las víctimas, se facilita la reinserción social de los infractores y se reconoce la vigencia de la norma penal como pauta válida para regular la convivencia social.

17. A juicio de GALAIN es posible introducir dentro del proceso una etapa comunicativa-reconciliadora permitiendo, de esta forma, obtener conclusiones jurídicas inclusivas sin menoscabar las garantías procesales. P. GALAIN, *La reparación del daño a la víctima del delito*, ed. Tirant Monografías, 684, Valencia, 2010, pp. 140-141.

18. De forma más desarrollada, I.J. SUBIJANA, “Las Víctimas en el sistema penal. En especial, la justicia restaurativa”, *Estudios de Derecho Judicial*, 121, 2007, pp. 245 y ss.

trabajos en beneficio de la comunidad –artículo 88 del Código Penal¹⁹-. Si el delito ha sido cometido a causa de una adicción tóxica o etílica y la pena de prisión no excede de cinco años, la reparación del daño acompañada de un programa de deshabituación justifica la inejecución condicionada de la pena –artículo 87 del Código Penal-.

La reparación durante la ejecución penitenciaria constituye un factor de inserción social constructiva, que permite, según los casos, medidas penitenciarias como la exclusión del llamado periodo de seguridad para personas condenadas a penas superiores a cinco años en los que el Juez o Tribunal haya ordenado que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta –artículo 36.2 del Código Penal-, la clasificación en segundo o tercer grado conforme al sistema de individualización científica –artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria-, o la concesión de la libertad condicional –artículos 90.1 c y 91.2 del Código Penal-.

La exégesis holística de la regulación contenida en el Código Penal denota que la mediación reparadora en un modelo de justicia restaurativa precisa, como elementos imprescindibles, que el juez o tribunal declare que se ha cometido un delito, que la referida infracción ha causado un daño injusto y que el infractor es una persona definida. A partir de estas premisas, la autoridad institucional desapueba la infracción –lo que legitima la imposición de una pena-, asume las pautas de restaño del daño convenidas por el infractor y la víctima –lo que permite la reparación-, y, finalmente, estipula el modelo de ejecución que, conforme a las opciones legales, permite el cumplimiento de los fines de prevención general y especial asignados a la intervención penal.

La articulación procesal de las mediaciones reparadoras efectuadas antes del juicio se efectuará fundamentalmente a través del instituto de la conformidad (artículos 784.3, 787 y 801, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Sin embargo, el modo de llegar a la conformidad es radicalmente disímil según se inserte en un modelo adversarial o se integre en un modelo mediador. En el modelo adversarial la conformidad es el resultado de una negociación entre profesionales jurídicos en el curso de un proceso estructurado en torno a la confrontación, negociación en cuya génesis, desarrollo y culminación resultan generalmente excluidos la víctima y el infractor. En el modelo mediador, la conformidad es la plasmación de un diálogo entre la víctima y el infractor en un espacio dúctil a la escucha y la confrontación de vivencias. Es incuestionable que el modelo mediador ofrece una perspectiva notablemente más vigorosa desde el prisma preventivo, dado que, a través del diálogo y la búsqueda conjunta de la solución, se consolida la validez material de la norma penal que protege el bien jurídico afectado por el delito, se repara el daño injusto causado a la víctima y se crea un espacio fértil a la integración social del infractor.

19. En la sustitución tiene especial interés analizar lo que, en terminología de la Criminología evolutiva o del desarrollo, se denomina narrativa del cambio. Es decir, una reorientación vital en clave resocializadora, al desaparecer o atenuarse de forma significativa los factores de riesgo criminógeno y, correlativamente, emerger los factores de protección del citado riesgo. Aquí tienen cabida elementos como la aparición o consolidación de los vínculos personales, la incorporación al mercado laboral, o la implicación activa en estrategias terapéuticas o formativas.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las circunstancias actuales son complejas. Parece que estamos inmersos en una crisis sistémica que anuncia el tránsito de la posmodernidad– anclada en el hacer productivo– a la transmodernidad –vinculada al ser constructivo–. Un número relevante de los movimientos sociales son, por lo tanto, deconstructivos– se diseñan de la persona hacia afuera– y están desembarazándose de la gobernanza por el crecimiento– que conduce al caos por la abundancia de los menos y la exclusión de los más²⁰– para acoger un modelo de decrecimiento²¹ –que favorece el equilibrio al promover la inclusión de los más por la neutralización de la voracidad de los menos–.

Estas dinámicas que confieren a la persona un valor vertebral están llamando a las puertas del sistema judicial. Para percibir las los jueces debemos estar atentos a las tendencias sociales sumamente cambiantes en un entorno versátil, volátil²² y global²³, alimentar la conexión con la sociedad, haciendo entendibles nuestros mensajes, y trasladar confianza en que lo institucional es un espacio en el que, sin opacidades ni arbitrariedades, los integrantes de la comunidad se reconocen como ciudadanos iguales en derechos y deberes. La mejor manera de hacerlo es vindicando diariamente la justicia del caso concreto, la que permite que cada proceso disponga del tiempo necesario para obtener un conocimiento de lo ocurrido y una comprensión de lo acontecido, premisas indispensables para una decisión fundada en buen derecho. La justicia, en definitiva, que atendiendo al cuánto es consciente de que su valor está en el cómo. A esta concepción responde la justicia restaurativa al promover modelos de respuesta que priorizan las necesidades de las personas²⁴ que, por disímiles avatares de la vida, postulan de cada uno de sus jueces y tribunales la tutela efectiva de sus derechos.

20. De forma premonitorya JUDT escribe lo siguiente: “No podemos seguir viviendo así. El pequeño crack de 2008 fue un recordatorio de que el capitalismo no regulado es el peor enemigo de sí mismo: más pronto o más tarde está abocado a ser presa de sus propios excesos y a volver a acudir al Estado para que lo rescate. Pero si todo lo que hacemos es recoger los pedazos y seguir como antes, nos aguardan crisis mayores durante los años venideros”. T. JUDT, *Algo va mal*, ed. Taurus, Madrid, 2010, p. 18.

21. N. RIDOUX, *Menos es más. Introducción a la filosofía del decrecimiento*, ed. Los libros del lince, Barcelona, 2009, pp. 27 y ss.

22. Es conocido el discurso de BAUMAN respecto a las características de la modernidad líquida que sustituyó, en las postrimerías del siglo XX, a la modernidad sólida que caracterizó a la sociedad industrial posterior a la Segunda Guerra Mundial. La modernidad sólida empeñada en afianzar y fortificar el principio de la soberanía territorial, exclusiva e indivisible, y en confinar esos territorios soberanos dentro de unas fronteras impermeables, y la modernidad líquida, caracterizada por unas líneas fronterizas borrosas y sumamente permeables, una devaluación de las distancias espaciales y de la capacidad defensiva de los territorios, y un intenso flujo del tráfico humano a través de todas las fronteras, Z. BAUMAN, *Modernidad líquida*, ed. Fondo de Cultura Económica de Argentina SA, Buenos Aires, 2003 y *Vida líquida*, ed. Paidós, Barcelona, 2006.

23. MAALOUF habla de “instantaneidad” para referirse a que todos los acontecimientos del mundo ocurren ante los ojos de la humanidad entera y a tiempo real. A. MAALOUF, *El desajuste del mundo*, ed. Alianza Editorial, Tercera Edición, 2011, p. 91. Por ello, BAUMAN indica que el tema de la memoria alcanza especial trascendencia porque se nos ha transportado desde una civilización de la duración (y, por ello, del aprendizaje y la memorización) a una civilización de la fugacidad (y, por ello, del olvido). Z. BAUMAN, *Mundo consumo*, ed. Paidós, Madrid, 2010, p. 258.

24. Se trata de dar contenido a un humanismo que posibilite la materialización del derecho a la existencia y a la libertad de todos los seres humanos. A. TOURAINE, *Después de la crisis*, ed. Paidós, Madrid, 2011, p. 166.