

Título: **Justicia restaurativa: la mediación en cuestiones penales. Hacia un cambio paradigmático en la concepción del derecho, en la dimensión del valor Justicia y en las prácticas socio-políticas(*)**

Autor: Coppa, Carlos Rafael - Maglianesi, Mónica

País:  Argentina

Publicación: El Derecho - Diario, Tomo 253, 479

Fecha: 11-06-2013 Cita Digital: ED-DCCLXXIII-900

Sumarios

I. Introducción - II. Justicia retributiva o justicia restaurativa. 1. *El delito y su impacto en la sociedad*. 2. *La palabra de las víctimas*. 3. *El victimario*. 4. *Reconocimiento, reparación y reconciliación*. - III. La Fraternidad como categoría jurídica.

Justicia restaurativa: la mediación en cuestiones penales. Hacia un cambio paradigmático en la concepción del derecho, en la dimensión del valor Justicia y en las prácticas socio-políticas(*)

I

Introducción

“El mandato del derecho es: sé una persona y respeta a los demás como persona”

Hegel, W. F., *Filosofía del Derecho*(1)

“Para que el derecho penal tenga efectividad será menester que respete la condición humana: que sirva al hombre a partir de un reconocimiento del Ser del hombre (...) su función es la de la garantía externa de un ámbito de autorrealización humana”

Zaffaroni, E. R., *Derecho Penal, parte general*(2)

Los enfoques tradicionales y predominantes en buena parte del siglo XX, orientados por la ideología positivista y por la pretensión de la existencia de una teoría “pura”, han consolidado la concepción del derecho como una mera creación del poder del Estado Nacional, única fuente productora y validadora del mismo.

No podemos conformarnos con esta visión empobrecida del derecho, que lo considera solamente como un orden normativo pétreo, subordinado a definiciones dogmáticas -casi siempre “interesadas”, vale decir, *sujeta a intereses* de diversa laya (ideológicos, económicos, etc.)- de las cuales se deducirían, en un ejercicio lógico formal, las decisiones para crear y aplicar normas con mayor o menor coerción.

Más bien, trataremos de pensar la dimensión jurídica como un elemento más dentro del complejo sistema sociopolítico contemporáneo.

Como alternativa a las visiones que lo consideran un sistema autónomo y autorreferente, con pretensiones de neutralidad o por lo menos de indeterminación social, podemos afirmar que el derecho es un “fenómeno sujeto a condiciones históricas, económicas, políticas, culturales, y que lejos de cristalizar un modelo social, más bien da cuenta de los conflictos que emergen de la dinámica social, e intenta dar respuestas superadoras, aunque nunca definitivas, a dichos conflictos”(3).

El derecho, como parte de los diversos fenómenos sociales y políticos, no se limita a dirimir conflictos singulares. Su función, a través de sus diversas fuentes, es superar las rupturas que históricamente se han producido en la humanidad (por causas religiosas, raciales, económicas o de cualquier índole) mediante la armonización de valores y normas, operantes estas últimas sobre la realidad social para provocar transformaciones relevantes. No se agota en la definición abstracta de derechos individuales, sino que se orienta fundamentalmente a la promoción y defensa de derechos humanos básicos. En la historia de la

humanidad, diversas corrientes de pensamiento han dado origen a verdaderos cambios revolucionarios en los órdenes normativos tradicionales: “El constitucionalismo social, el socialismo utópico, y la misma Doctrina Social de la Iglesia, por citar solamente algunos ejemplos, contribuyeron a un desarrollo del derecho como herramienta de aplicación de la justicia y la equidad”(4).

Quienes incluyen al derecho como un subsistema de las relaciones que estructuran la vida social, al analizar los componentes y la dinámica de los sistemas sociales, advierten sobre la ambigüedad y la insuficiencia no solo de la teoría jurídica, sino del derecho como producto de la decisión política: “...la moral y el derecho tienden a fomentar el conflicto, al hacer creer a uno de los rivales que su posición es la correcta y que es posible exponer al adversario al rechazo público o a la sanción de los tribunales”(5).

Esto nos lleva a pensar en visiones alternativas, tratando de vislumbrar indicios de cambios paradigmáticos en la compleja configuración del orden jurídico, como una parte del sistema socio-político vigente.

Implica incorporar conceptos y prácticas que señalan nuevos fenómenos de la vida social o, al menos, nuevas configuraciones de rasgos de esa sociedad, que de alguna manera han estado presentes en la historia misma de la humanidad, pero que por diversas razones no siempre han estado visibles. Hablar hoy de “restauración”, “métodos alternativos”, “atención a la víctima”, “procesos de re-humanización” o “fraternidad” como categorías jurídico-políticas, obliga a revisar el complejo entramado de conductas, valores y normas que da cuenta de nuestra organización social.

Muchas veces, a medio camino entre la realidad y el deseo, el contexto histórico suele imponer condiciones de validez -o más bien, de justificación- a una serie de prácticas e instituciones que intentan abordar los conflictos contemporáneos.

Las ideas de autodeterminación, autonomía, descentralización del poder y participación de los ciudadanos en las decisiones han expandido el horizonte no sólo de las teorías explicativas del sistema social, sino también fundamentalmente de aquellas prácticas e instituciones señaladas anteriormente.

Por otra parte, la necesidad de afianzar la paz como valor universal ha derivado en la búsqueda de metodologías compatibles con dicho valor para alcanzarlo, descartando el uso de la fuerza o la coacción -en cualquiera de sus formas, aun la legalmente institucionalizada-. La respuesta a situaciones de conflicto, tal como se ha constatado muchas veces con dolor, no puede provenir desde la misma lógica del conflicto.

Aunque resulte redundante señalarlo, las problemáticas vinculadas al delito y sus consecuencias involucran a los sectores más diversos de la sociedad, no sólo al Estado.

De allí la necesidad de poder abordar problemas que se caracterizan por su complejidad, entendida fundamentalmente en dos claves: la presencia de aspectos variados en la problemática, sobre los cuales las ciencias específicas pueden proveer apenas una visión parcial, y el carácter plural de los problemas, que hace que sobre una misma situación se presenten visiones diferentes, incluso contrapuestas(6).

Para poder llevar adelante el reto de enfrentar la complejidad de estos problemas, es necesario disponer de una manera de enfocarlos, de comprenderlos, de proponer soluciones alternativas. Para ello, sería imprescindible saber cómo relacionar las visiones que cada ciencia particular puede ofrecer con relación al aspecto que le compete dentro de la problemática. Como cada una de ellas ofrecerá puntos de vista que pueden ser radicalmente diversos, sería necesario integrarlas en un saber y una práctica comunes; si bien esto excede los objetivos de este trabajo, anhelamos poder explicitarlos en futuros desarrollos, con el aporte de otros especialistas.

II

Justicia retributiva o justicia restaurativa

1. El delito y su impacto en la sociedad

El delito es un fenómeno que afecta a los vínculos y a las relaciones humanas, y establece una nueva relación: víctima-victimario-sociedad.

El desafío que nos toca como sociedad es descubrir cuál sería el verdadero cambio que se produce y en qué medida podría revertirse la negatividad del delito.

En palabras del jurista italiano Gianni Caso, se trata de “asumir la conciencia del exacto disvalor del comportamiento antisocial, discernir entre lo justo e injusto de las acciones humanas más allá de lo normativo (...) lo restaurativo asegura que los vínculos permanezcan (...) una visión del sistema jurídico basada en una concepción conflictual de los vínculos está lejano a este nuevo paradigma”(7).

Las estadísticas informan acerca de la cantidad de delitos que se cometen entre personas que mantienen algún tipo de vínculo: familiares, vecinos, amigos, compañeros de trabajo, integrantes de alguna agrupación. Generalmente, estos delitos son producto de una escalada del nivel de conflicto interpersonal, que transforma progresivamente los roles de los disputantes en lo que luego se calificará como “victimario” y “víctima”, una vez producido el hecho.

No solamente existe una infracción a la ley, sino que hay una ruptura en las relaciones entre las personas que, además, repercute en el tejido social.

Lo restaurativo intenta reparar el vínculo, al menos parcialmente, desde un punto de vista superador. Involucra necesariamente la participación de diversos actores sociales, de forma libre y voluntaria, con la asistencia de los mediadores.

Como ejemplo de experiencias transitadas en este sentido, podemos citar el caso de Sudáfrica, a través del funcionamiento de las comisiones de “Verdad y Justicia”, en la etapa post-apartheid. Allí se trató de buscar la reparación de los daños derivados de años de injusta segregación racial, agravada en muchos casos por delitos atroces. Por estos procesos, no solamente se buscó hacer justicia desde el punto de vista legal, sino también llegar a una restauración de los vínculos personales, para construir un clima de paz que lógicamente influyó sobre todo el tejido social.

Si bien lo óptimo es lograr la reconciliación plena, no es menos importante llegar a algún paso intermedio con la reparación o el reconocimiento parcial, de manera tal que no se provoquen nuevas rupturas, creando un clima de convivencia pacífica donde “las dos partes están orientadas hacia la justicia, y no una en contra de la otra”(8).

Este cambio de paradigma implica, además, una nueva manera de identificar a los actores del conflicto. Ambos, víctima y victimario, tienen derecho a reintegrarse, a seguir viviendo como personas en comunidad.

Es aquí donde el perdón se articula con la justicia, “pero no la elimina ni la sustituye... la justicia no es venganza y debe dejar siempre la mano tendida y la puerta abierta para quien desee recuperarse como persona”(9).

2. La palabra de las víctimas

A la luz de este enfoque, el concepto de víctima cambia: ya no hablamos de una persona que ha sufrido y queda anulada o al margen, sino que además tiene la oportunidad de contar su historia y la posibilidad de encontrar un sentido nuevo a lo sucedido, superando incluso las marcas dejadas por el dolor(10).

La voz de las víctimas es importante para una sociedad afligida por el conflicto. Que las víctimas recuerden y hablen es una manera de tenerlas presentes, reconocerlas, de hacerlas parte crucial para una salida del conflicto. “Porque un proceso de reconciliación parte de allí: de ver, reconocer y nombrar una realidad de sufrimiento y postración, para poder transformarla, para que las víctimas recuperen su dignidad y se conviertan en sujetos protagonistas de su propia transformación y de la reconstrucción del tejido social”(11).

3. El victimario

El victimario también, después de que se lo condena, va a un lugar donde se piensa en su resocialización, pero continúa marginado, fuera del cuerpo social.

Al respecto, es necesario plantearse algunos interrogantes, más allá del cumplimiento de la pena legal. ¿Es posible dejar de ser solamente el castigado y pasar a ser el que reconoce, da explicaciones, asume compromisos para reparar daños, restaura vínculos y, al mismo tiempo, es reincorporado al tejido social? ¿Cómo encontrar la forma para que se impulse el diálogo y la participación del autor y la víctima en la resolución del conflicto?

4. Reconocimiento, reparación y reconciliación

El sistema tradicional es insuficiente, exige al que provoca el daño sufrir un daño equivalente.

El sistema penal clásico es muy reducido o estrecho en su mira. ¿Qué es lo único que ha hecho? Ha sustituido la venganza privada por la venganza pública, de allí viene el concepto de justicia retributiva: el que hizo un mal debe sufrir otro mal para retribuir.

Más allá de lo que se pueda leer del garantismo procesal, es necesario un enfoque superador del mismo, porque el garantismo crea otro tipo de enfrentamiento entre víctima y victimario: se centra en el sujeto

en cuanto victimario, pero es insuficiente para generar una verdadera restauración del daño social.

El sistema actual no repara los vínculos, crea otros más patológicos.

Por medio del castigo, el tejido social no se reconstruye automáticamente, mucho menos desde la sola perspectiva de la víctima o del ofensor. “La justicia de las víctimas demanda un respeto a la humanidad reconocida incluso en el verdugo, solo de esta manera se puede defender el poder de la tentación de la arbitrariedad. Solo así podemos defendernos de la inclinación del poder al elaborar el estatuto de lo humano según su discreción”(12).

En Sudáfrica, así como en Ruanda, se ha verificado que el resurgimiento de un país está vinculado a una doble necesidad: la de mirar de frente a la verdad y la de perdonar. De esto da cuenta la experiencia sudafricana ya citada: se enraíza en el espíritu del “*ubuntu*”, que significa que todos estamos conectados. Lo que afecta a uno afecta al resto, “todos somos parte de todo”. Quien hace un daño a una persona, se lo hace también a él mismo y al resto de la comunidad. Por lo tanto, la justicia tradicional africana se basa en la reconciliación más que en la venganza. Hacer justicia significa, antes que nada, cicatrizar las heridas, corregir los desequilibrios, sanar las fracturas en las relaciones, tratar de rehabilitar tanto a las víctimas como a los criminales, a quienes se les da la oportunidad de reintegrarse en la comunidad a la que ofendieron con su crimen. La escritora y periodista sudafricana Antjie Krog así lo sostuvo enfáticamente en una conferencia dictada en Alemania en el año 2005: “El perdón tendría que ser un hecho normal. Y una sociedad tendría que hacer un esfuerzo para encontrar posibilidades de reconciliación, y ayudar a que se logre”.

La aspiración es restaurar los vínculos humanos, no solamente reparar la ruptura legal.

Reconocimiento, reparación y reconciliación significan, por parte del ofensor, “hacerse justo de frente a la sociedad y a la persona ofendida”(13).

Entendemos que el sistema de mediación, en sus diferentes variantes, es una posible respuesta. Así lo demuestran diversas experiencias en marcha: España (Andalucía, Cataluña, País Vasco), Argentina (Provincias de Buenos Aires y Santa Fe, esta última a partir de la reforma del sistema procesal penal)(14).

Con los métodos alternativos que se basan en la restauración, la comunidad se involucra en el proceso, lo cual provee un ámbito de apoyo y promoción a la seguridad comunitaria. “Será una sociedad más madura, crítica y reconciliada (...) Además, la atención a las necesidades de la víctima y la comunidad contribuye a la mejora de la imagen social de la justicia como institución”(15). La tarea consiste en transformar el conflicto de manera positiva, encontrando objetivos posibles de cumplir para todas las partes, modos imaginativos de combinarlas sin recurrir a la violencia. Lo que lleva a la violencia es el fracaso en transformar conflictos: “Cada acto de violencia puede considerarse un monumento al fracaso humano”(16).

III

La fraternidad como categoría jurídica

En una sociedad marcada por rasgos de fragmentación, subjetivismo y provisoriedad en el conocimiento, en las instituciones, en los vínculos, se hace necesario buscar una nueva categoría de unidad que nos posibilite la emergencia de paradigmas que favorezcan el desarrollo humano.

Si venimos hablando de un cambio paradigmático en la concepción del derecho y la justicia, que significa una transformación cultural, debemos ser conscientes que dicho cambio de paradigma no emerge mágicamente en la historia de los hombres, sino en cuanto expresión de un deseo que debe concretarse en las estructuras temporales y en las producciones culturales, entre las cuales está el derecho.

Vale la pena, entonces, interrogarse: ¿Es posible identificar algún fundamento a este deseo y a esta necesidad de cambio? Que no solo explique de manera racional o científica el nuevo paradigma, sino que además oriente las acciones y las decisiones de las personas interactuando en su vida en sociedad.

De esa interacción de la vida en sociedad resultan diversos vínculos y modos de relación, que en muchos casos se juridizan porque se ve la necesidad de tenerlos como marco de referencia para la convivencia. Sin embargo, no podemos reducir esto a una simple lógica formal de la elaboración de normas, sin la tarea previa de reflexionar sobre si existe algún fundamento legitimador para la construcción de ese marco.

Si hablamos de re-humanizar, nos preguntamos: ¿Qué está en la base de esta dignidad absoluta de todos los seres humanos? ¿Cuál es el sentido que nos proyecta a vivir la restauración con el otro de un modo nuevo y decisivo?

El hombre es un ser en relación, es un ser-con-otros en continua relación; la sociabilidad es una nota esencial en el ser humano. Podríamos pensar que el deseo de restaurar las heridas o los vínculos rotos, el impulso de superar la separatividad con ese otro completamente distinto de mí, emerge desde lo más profundo del ser humano.

¿Qué entendemos por fraternidad? ¿Por qué la elegimos como sustento? ¿Qué contiene para decir que es un fundamento ético?

Focalizamos en el paradigma de la fraternidad, porque entendemos que hay experiencias y sólidas razones por las cuales hay un lugar para la fraternidad en la vida del hombre y de la sociedad.

Cuando hablamos de la fraternidad como un paradigma que emerge y que trasciende las ideas religiosas y confesionales, estamos hablando de una categoría que propicia y consolida ese desarrollo interpersonal.

Con este encuadre queremos hacer referencia a un nuevo sistema de relaciones, que da vida a una nueva socialidad. En ésta es posible el reconocimiento y la aceptación del otro -el próximo, el que está vecino- en su existencia y diversidad, el refuerzo en la construcción del tejido social y, en ella, la valoración de las diferentes experiencias. En definitiva, la posibilidad de renovar la organización política y jurídica de una sociedad.

Esto nos lleva a pensar de una manera nueva la resocialización, no ya como un cumplimiento formal de normas, sino como principio restaurador de vínculos sin exclusiones; y a rescatar lo comunitario, más allá de posturas meramente contractualistas o voluntaristas que no van a lo profundo de lo que significa la creación, restauración y sostenimiento de los vínculos comunitarios.

La fraternidad conlleva una doble exigencia: salvar la dignidad y asegurar la estabilidad en las relaciones humanas. Esto no se logra con una visión formal del derecho, como si la estructura normativa contuviera en sí misma la solución única y definitiva a todos los conflictos.

En razón de que la realidad trasciende la norma, con la fraternidad hablamos, no tanto de un único, sino de un nuevo acceso a la justicia, “por cuanto considera el conflicto, lo atraviesa completamente, lo comprende, pero no deja que éste le dicte ninguna lógica de violencia”(17).

Si pensamos que la fraternidad está fuertemente arraigada en la humanidad, el delito viene a disminuir la humanidad, como si rompiera el orden del ADN o código genético humano. Esta herida repercute en todo el cuerpo social, consistente no solo en una suma de individuos, sino en una densa trama de vínculos solidarios.

El derecho no puede permanecer indiferente a estos vínculos. De hecho, no tiene sentido hablar de acceso a la justicia, si este fundamento no es reconocido. Sería una justicia matemática; siendo que en el destino final de cada ley y de cada acto administrativo, hay una persona que tiene una dignidad con derecho a ser respetada.

Los sistemas de aplicación de la justicia restaurativa encuentran así su sentido, en la medida en que no se limitan a una recuperación de cierto equilibrio formal, como es el de subsanar los efectos de la violación de la norma estatal.

La experiencia de fraternidad posibilita la restauración, en cuanto propicia recuperar y fortalecer los vínculos, cuyo fundamento último se enraíza en la aspiración de una humanidad cada vez más integrada.

La fraternidad promueve el cambio tanto de las percepciones en las historias, como en las prácticas cotidianas, construyendo nuevas narrativas que rompen el círculo vicioso de la violencia y amplían el círculo virtuoso de la reconciliación. Origina conductas que generan un compromiso más activo para promover el bien común; permite cambiar y valorar las diferentes experiencias humanas; propicia cruzar las mezquinas fronteras del castigo y de la venganza, y sin dudas nos otorga esperanza de una vida más digna(18).

¿Cómo hacer para que la fraternidad no se convierta sólo en una idea parcial y aislada, sino en una construcción social?

Hemos propuesto desarrollar un posible enfoque alternativo a las visiones tradicionales del derecho y la política. El mismo surge de diversas experiencias que han abierto nuevos caminos en la sociedad contemporánea, intentando dar un profundo fundamento ético para la acción humana, para las instituciones y, en definitiva, para la apertura hacia un futuro más conforme a las aspiraciones de una sociedad que gestione sus conflictos de una manera diferente, donde la justicia y la paz no sean meros valores declarativos, sino realidades tangibles.

El derecho, como ciencia y como práctica política, si queremos que sirva a una sociedad más humana, deberá ayudarnos a “abandonar el terreno ideológico de la ilusión y encaminarnos al real de la esperanza”(19).

VOCES: MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN - MEDIACIÓN PENAL - MEDIACIÓN Y PROCESO - JUSTICIA

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho: La mediación, ¿es una elaboración jurídica?*, por Luis Bandieri y Jorge Portela, ED, 173-1026; *La enseñanza del derecho y el aprendizaje de la mediación*, por Luis Bandieri, ED, 175-740; *La mediación en materia penal: algunas reflexiones ante su implementación*, por José Barbaccia, ED, 197-885; *Algunas consideraciones acerca de la validez de las normas que regulan la mediación penal*, por Santiago Bignone, EDPE, 10/2010-5; *Los métodos alternativos de resolución de conflictos: su adaptación en el fenómeno de la globalización*, por María Eugenia Cafiero, ED, 241-563. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

- (1) Hegel, W. F., *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, Claridad, 1987.
- (2) Zaffaroni, E. Raúl, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002.
- (3) Cárcova, Carlos M., *Las teorías jurídicas post positivistas*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007.
- (4) Ghersi, Carlos, *Posmodernidad jurídica*, Buenos Aires, Gowa, 1995.
- (5) Luhman, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropos - U. Iberoamericana - Pontificia Universidad Javeriana, 1998, pág. 324 y sigs.
- (6) Casiello, Francisco, *Pensamiento sistémico multimodal. Bases teóricas y aplicaciones*, Anuario de la Facultad de Ciencias Económicas del Rosario, Rosario, UCA, 2005, pág. 163.
- (7) Caso, Gianni, *Comunione e Diritto*, Roma, G. Caso ed., 2005.
- (8) *Ibidem*, pág. 130.
- (9) Sampedro Arrubla, Julio A., *Apuntes para una re-humanización de la justicia penal*, Bogotá, Universitas-UCLS, 2008, n° 116, págs. 153/172.
- (10) Alfonso, Ramón M., *Apuntes victimológicos*, inédito, Colegio de Abogados de Rosario, Centro de Altos Estudios en Métodos adecuados de Resolución de Conflictos, Curso de Especialización en Mediación Penal, Rosario, 2010. Véase también Mardones, José M., *La autoridad del sufrimiento. Silencio de Dios y preguntas del hombre*, Barcelona, Anthropos, 2004; Nieto, Patricia, *Relatos autobiográficos de víctimas del conflicto armado: una propuesta metodológica*, Bogotá, *Revista de Estudios Sociales*, n° 36, 2010, págs. 76/85.
- (11) Villa, Juan D., *Si no fuera por Dios, nosotros ya nos hubiéramos muerto - Víctimas, reconciliación y religión*, Bogotá, *Theologica Xaveriana*, 2007, vol. 57, n° 164, oct.-dic. 2007, págs. 565 a 589.
- (12) Sampedro Arrubla, Julio, *Apuntes...*, cit.
- (13) Caso, Gianni, *Comunione...*, cit.
- (14) Véase, entre otras fuentes, Kent, Jorge, *Justicia restaurativa*, LL, 2007-F-1194; Guimerá I Galiana, Alejandro, *La mediación-reparación en el derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Catalunya*, *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. AC-03-05, Madrid, 2005; Pascual, Ester - Ríos, Julián - Sáez, Concha - Sáez Valcárcel, Ramón, *Una experiencia de mediación en el proceso penal*, Málaga, *Boletín Criminológico* n° 102, enero-febrero 2008, Instituto Andaluz Universitario de Investigación Criminológica
- (15) Domingo de la Fuente, Virginia, *Justicia restaurativa y mediación penal*, *Rev. Jurídica LexNova* n° 23/2008, Madrid, 2008.
- (16) Galtung, Johann, *La transformación de conflictos por medios pacíficos*, Manual preparado por la Iniciativa para la Formación en el contexto de situaciones de crisis, y el Programa de Capacitación en Gestión de Desastres de la ONU, publicación oficial de la ONU, 1998.
- (17) Caso, Gianni, *Comunione...*, cit., pág. 251.
- (18) Baggio, Antonio (comp.), *El principio olvidado: la fraternidad en la política y el derecho*, Buenos Aires, Ciudad Nueva, 2009. Véase también Ramírez Rivas, Pablo, *Fraternidad y conflicto. Enfoques, debates y perspectivas*, Buenos Aires, Ciudad Nueva, 2011.
- (19) Baggio, Antonio (comp.), *El principio...*, cit.

© Copyright: El Derecho