

UNIVERSIDAD DE VALENCIA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política

Doctorado en Derechos Humanos, Paz y Desarrollo Sostenible



TESIS DOCTORAL

**JUSTICIA RESTAURATIVA:
UN PARADIGMA EMERGENTE**

Doctoranda

D.ª Erica García Gumbau

Director de la Tesis

Profesor Dr. D. Jesús Ballesteros Llompart

Valencia, España, 2017

UNIVERSIDAD DE VALENCIA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política

Doctorado en Derechos Humanos, Paz y Desarrollo Sostenible



TESIS DOCTORAL

**JUSTICIA RESTAURATIVA:
UN PARADIGMA EMERGENTE**

Doctoranda

D.ª Erica García Gumbau

Director de la Tesis

Profesor Dr. D. Jesús Ballesteros Llompart

Valencia, España, 2017

DEDICATORIA

Este trabajo de investigación está especialmente dedicado a todos aquellos docentes e investigadores en el campo de las ciencias humanas y sociales, y a todos los operadores jurídicos, que más allá de la aplicación del derecho positivo están realmente comprometidos con su trabajo, y son conscientes de que la justicia se ha de enfocar desde un punto de vista más humano, basado en la ética.

Este trabajo también está dedicado a todas aquellas víctimas que a través de la justicia no buscan venganza sino que lo que quieren es ser escuchadas y que el daño que han sufrido sea realmente restaurado. Y, a todos aquellos infractores que sinceramente se han arrepentido del daño que han ocasionado y desean disculparse y restaurar en la medida de lo posible el daño causado.

ÍNDICE

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	25
INTRODUCCIÓN	29
GLOSARIO DE SIGLAS	37

PRIMERA PARTE

EPISTEMOLOGÍA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

CAPÍTULO I

EL CONCEPTO DE JUSTICIA RESTAURATIVA

A.	EL PARADIGMA RESTAURATIVO	41
a.	El concepto de paradigma.....	42
b.	Un paradigma emergente.....	47
c.	Estructura del paradigma: epistemología y ética	49
B.	IMPRECISIÓN Y VARIEDAD TERMINOLÓGICA	53
a.	Justicia restaurativa, reparativa, reintegrativa o restitutiva	54
b.	Justicia positiva, pacificadora, relacional y comunitaria	55
c.	Justicia conciliadora.....	56
d.	Mediación	57
e.	Justicia transformadora	59
f.	Justicia transicional.....	59
g.	Justicia terapéutica.....	60
h.	Irenología.....	61
i.	Conflictología	63

C.	DEFINICIÓN DEL PARADIGMA RESTAURATIVO	67
D.	LOS ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE JUSTICIA RESTAURATIVA	70
a.	La justicia como virtud cardinal	70
1.	El concepto de justicia.....	70
2.	Las dimensiones de la justicia.....	71
b.	La restauración.....	76
1.	El concepto de restaurar	76
2.	Las restauración espiritual.....	77
3.	Las restauración del orden social	81
E.	NATURALEZA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	83
a.	Naturaleza transdisciplinar	83
b.	Naturaleza misericordiosa	85
F.	FINES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	87
a.	El paradigma restaurativo como fuente de felicidad	87
b.	La paz como fruto de la justicia restaurativa	90
1.	La dimensión individual de la paz.....	91
2.	La dimensión política y social de la paz	93

CAPÍTULO II
LOS PRINCIPIOS INFORMADORES
DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

A.	DEFINICIÓN DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	95
B.	FUNDAMENTO DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES.....	96
a.	La verdad de las relaciones humanas.....	96
b.	El derecho natural: el espíritu de las leyes.....	97
C.	CARACTERÍSTICAS DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES	102
D.	FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES	103
E.	CLASIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES	104
a.	Los principios fundamentales del paradigma restaurativo	104
1.	El principio de la caridad	105
2.	El principio de la dignidad humana.....	108
3.	El principio de humanidad de las penas	110
4.	El principio de la restauración.....	113
5.	El principio del bien común	113
6.	El principio de la solidaridad	115
7.	El principio de la subsidiariedad	116
b.	Los principios básicos del proceso restaurativo	121

CAPÍTULO III

LAS FUENTES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

A.	LA JUSTICIA INDÍGENA.....	123
a.	La obra <i>The origins of Restorative Justice</i> de May Leung.....	124
b.	La investigación del enfoque indígena de Rupert Ross.....	124
c.	Programas basados en la sabiduría indígena	129
1.	Sentencias Circulares y Círculos de Sanación	130
1.1.	Primeros casos de Sentencias Circulares	131
1.2.	El Kwanlin Dun, Proyecto de Justicia Comunitaria	136
1.3.	El Hueco del Agua de la Comunidad, Programa de Sanación Holística de Manitoba.....	137
2.	El Tribunal Pacificador Navajo.....	137
3.	Las Conferencias Restaurativas	139
d.	Panteísmo y justicia restaurativa	140
B.	LA JUSTICIA BÍBLICA: LA VERDADERA FUENTE.....	142
a.	La contribución del cristianismo en la aparición de la justicia restaurativa	142
b.	El concepto de justicia bíblica	144
1.	El verdadero significado de la Toráh	147
2.	Mitzvot y Mitspatim	150
c.	El primer antecedente de mediación penal: Caso Elmira	155
d.	La sanación mediante el perdón	161
e.	Justicia restaurativa penitenciaria	165
C.	EL ABOLICIONISMO	167
a.	Joe Hudson y Burt Galaway	167
b.	La obra del profesor Nils Christie	168
c.	Albert Eglash	174
d.	Howard Zehr	174
e.	Daniel Van Ness	175
D.	EL MOVIMIENTO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS	177

CAPÍTULO IV
EL DERECHO RESTAURATIVO

A.	EL SUJETO COGNOSCENTE	181
a.	La denominación del sujeto cognoscente	181
b.	La capacitación técnica del sujeto cognoscente	183
B.	EL OBJETO DE CONOCIMIENTO	189
a.	El Derecho Restaurativo: Concepto y elementos	189
1.	El derecho es el objeto de la justicia	189
2.	La justicia como virtud	192
3.	Naturaleza autónoma	194
4.	Perspectiva transdisciplinar	195
b.	Las Ciencias Complementarias del Derecho Restaurativo	199
1.	Las Ciencias de la Salud	199
2.	Las Ciencias Humanas y Sociales	204
3.	Las Ciencias de la Educación	209
C.	EL ACTO DE CONOCER	213
a.	El pensamiento hebreo	213
1.	El significado de conocer: yada	213
2.	El significado de justicia: sedeq y mishpat	215
3.	El significado de misericordia: chesed	216
b.	Conocer es practicar la justicia	217
c.	Relación armónica entre ortodoxia y ortopraxis	220

CAPITULO V

EL PROCESO RESTAURATIVO

A.	EL MÉTODO RESTAURATIVO	221
a.	Definición del método restaurativo	221
b.	Naturaleza y fines del método restaurativo	221
c.	Características del método restaurativo	223
d.	La aportación de la tradición hebrea	225
e.	El ámbito de aplicación: la restauración del orden social	226
B.	LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL PROCESO RESTAURATIVO	227
a.	Principios fundamentales que rigen el proceso restaurativo	227
1.	Principio de participación comunitaria	227
2.	Principio de voluntariedad	228
3.	Principio de formalidad	228
4.	Principio de especialización	228
5.	Principio de economía	229
6.	Principio de prevención general y especial de la pena	229
b.	Los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal	234
C.	LOS PROGRAMAS RESTAURATIVOS	237
a.	La definición de programas restaurativos	237
b.	Clasificación de los programas restaurativos	237
1.	Programas integrados o intrajudiciales	237
2.	Programas independientes o extrajudiciales	240
c.	El proceso de remisión	240
d.	La dinámica de intervinientes	241
1.	Participantes en el programa restaurativo	241
2.	Tipos de procesos restaurativos	242
e.	Los resultados del programa	243
f.	La evaluación y el monitoreo de los programas restaurativos	244

D.	PROPUESTA CONCRETA DE PROGRAMA RESTAURATIVO	248
a.	Fase preliminar	250
b.	Fase restaurativa: reuniones restaurativas	250
c.	Fase de conclusiones: resolución restaurativa	252
d.	Fase de ejecución: tratamiento restaurativo	252
e.	Fase de seguimiento	253
E.	ANÁLISIS DEL MODELO RESTAURATIVO	254
a.	Un derecho penal más eficaz	254
b.	Un derecho que influye en la conciencia de las partes	256
c.	Eliminación de los sentimientos de venganza de la víctima	257
d.	Viabilidad en el caso de delitos graves y de violencia de género	258

SEGUNDA PARTE

JUSTICIA RESTAURATIVA APLICADA

CAPITULO VI

MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

A.	DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	261
a.	Derecho Internacional de los Derechos Humanos	261
1.	La Carta de las Naciones Unidas	262
2.	La Declaración Universal de los Derechos Humanos	264
3.	Los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos	268
b.	Derecho Internacional Humanitario	272

B.	INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE NACIONES UNIDAS	
	SOBRE JUSTICIA RESTAURATIVA	275
a.	Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de Naciones Unidas, por la que se aprueba la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder	275
b.	Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General de Naciones Unidas, por la que se aprueba las Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de Libertad, Reglas de Tokio	280
c.	El Proyecto de Convenio de las Naciones Unidas, de 14 de noviembre de 2006, sobre Justicia y Apoyo a las Víctimas del Delito y Abuso del Poder	283
d.	La Declaración de Kadoma de 1997, sobre el Servicio a la Comunidad y las Recomendaciones del Seminario denominado «Justicia penal: el problema del hacinamiento en las cárceles»	284
e.	Los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de 2002	285
f.	El Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa	288
C.	INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE LA SANTA SEDE	
	SOBRE JUSTICIA RESTAURATIVA	290
a.	La Carta Encíclica de Su Santidad Juan XXIII, «Pacem in Terris, sobre la paz en todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad»	290
b.	La Carta de los Derechos de la Familia, presentada por la Santa Sede a todas las personas, instituciones y autoridades interesadas en la misión de la familia en el mundo contemporáneo	291
c.	La Carta Encíclica de Su Santidad Juan Pablo II, «Dives in Misericordia», sobre la Misericordia Divina	292
d.	Bula de Convocación del Jubileo Extraordinario de la Misericordia de Su Santidad, el Papa Francisco, «Misericordiae Vultus», El Rostro de la Misericordia	293

CAPITULO VII**MARCO JURÍDICO COMUNITARIO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA**

A.	UNIÓN EUROPEA	295
a.	Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea	295
b.	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	296
c.	Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, sobre el Estatuto Europeo de la víctima en el proceso penal	297
d.	Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo	299
e.	Otros documentos de la Unión Europea	300
B.	CONSEJO DE EUROPA	302
a.	Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950, para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales	302
b.	Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961	302
c.	Recomendaciones	303
1.	La Recomendación N° R (92) 16 del Consejo de Europa sobre las Reglas Europeas sobre sanciones y medidas en la comunidad de 1992	303
2.	La Recomendación N° R. (99) 19 de 15 de septiembre de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la mediación en asuntos penales	304
3.	La Resolución Ministerial n° 2 sobre la misión social del sistema de justicia penal – justicia restaurativa de 2005	305
4.	La Recomendación N° R. (2006) 8 sobre la asistencia a las víctimas del crimen de 14 de junio de 2006	306
d.	Otros documentos del Consejo de Europa	308

CAPITULO VIII**LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL DERECHO COMPARADO**

A.	SISTEMAS JURÍDICOS VIGENTES	311
B.	SISTEMA DE DERECHO CONTINENTAL	313
a.	Sistema Europeo Continental	313
1.	Alemania	313
2.	Bélgica	317
3.	República Checa	319
b.	Sistema Latinoamericano	320
1.	Centroamérica	320
1.1.	Honduras	320
1.2.	El Salvador	321
1.3.	Nicaragua	323
2.	Sudamérica	325
2.1.	Argentina	325
2.2.	Bolivia	326
2.3.	Brasil.....	326
2.4.	Chile	327
2.5.	Colombia	327
2.6.	Perú	328
c.	Sistema Escandinavo	329
d.	Sistema Latino-africano	329
C.	SISTEMA DE DERECHO ANGLOSAJÓN	330
a.	Sistema anglosajón	331
1.	Canadá	331
2.	Reino Unido	334
3.	Nueva Zelanda	335
b.	Sistema angloamericano	339
1.	Estados Unidos	339
c.	Sistema anglo-africano	340

D.	SISTEMA HÍBRIDO	341
----	-----------------------	-----

CAPITULO IX

MARCO JURÍDICO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN ESPAÑA

A.	EL PARADIGMA RESTAURATIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	343
a.	El paradigma restaurativo en el ámbito del Derecho Público	344
1.	Derecho Constitucional: La Constitución Española de 1978	344
2.	Derecho Penal: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal	349
2.1.	Derecho Penitenciario: Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario	355
2.2.	Derechos de las Víctimas: Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito.....	359
2.3.	Derecho de menores: Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores	360
3.	Derecho procesal	363
3.1.	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil	363
3.2.	Ley de Enjuiciamiento Criminal: R.D. 14 de septiembre de 1882	365
3.3.	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción laboral	366
b.	El paradigma restaurativo en el ámbito del Derecho Privado: La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles	367

B.	EL PARADIGMA RESTAURATIVO EN EL ORDENAMIENTO AUTONÓMICO	369
a.	Andalucía: Ley Orgánica 6/ 1981, de 30 de diciembre, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Andalucía	370
b.	Aragón: Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Aragón	370
c.	Asturias: Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de aprobación del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias	371
d.	Cantabria: Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Cantabria	371
e.	Castilla-La Mancha: Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha	372
f.	Castilla y León: Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Castilla y León	372
g.	Cataluña: Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña	373
h.	Comunidad Valenciana: Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de aprobación del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana	374
i.	Extremadura: Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Extremadura	376
j.	Galicia: Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Galicia	377
k.	Islas Baleares: Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, de aprobación del Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares	376
l.	Islas Canarias: Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Canarias	378
m.	Madrid: Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de aprobación del Autonomía de la Comunidad de Madrid	378
n.	Murcia: Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de aprobación del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia	379
o.	Navarra: Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra	380
p.	La Rioja: Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio de aprobación del Estatuto de Autonomía de La Rioja	380

q.	País Vasco: Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de aprobación del Estatuto de Autonomía para el País Vasco	381
----	---	-----

TERCERA PARTE

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES	385
---------------------------	------------

ANEXOS	403
---------------------	------------

Anexo I:	El Manifiesto de Sevilla	403
----------	--------------------------------	-----

Anexo II:	Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio)	407
-----------	---	-----

Anexo III:	Los Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de Naciones Unidas de 2002	423
------------	---	-----

Anexo IV:	VI Congreso Nacional de Pastoral Penitenciaria, Primer Premio en el Concurso de Redacción sobre «Alternativas a las penas de prisión»	429
-----------	---	-----

BIBLIOGRAFÍA	435
---------------------------	------------

ÍNDICE DE ESQUEMAS

Esquema n.º 1: Paradigma retributivo / paradigma restaurativo.....	48
Esquema n.º 2: Las dimensiones de la justicia.....	75
Esquema n.º 3: La restauración espiritual	80
Esquema n.º 4: Modelo transdisciplinar.....	84
Esquema n.º 5: Ventana de la disciplina social	206
Esquema n.º 6: Cuadro de disciplinas	212
Esquema n.º 7: Diferencias entre el modelo punitivo y el restaurativo	247
Esquema n.º 8: Tipos y grados de prácticas de justicia restaurativa	247

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES

Mapa con los diversos sistemas jurídicos	310
--	-----

AGRADECIMIENTOS

En estos momentos, deseo expresar mi más sincero agradecimiento al Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universidad de Valencia, por brindarme la oportunidad de realizar esta Tesis Doctoral.

Especial agradecimiento quiero dirigir desde estas líneas a mi Director de Tesis, el profesor D. Jesús Ballesteros, por aceptarme para realizar esta Tesis Doctoral bajo su dirección, por todos sus sabios consejos, sus correcciones siempre acertadas, y por enseñarme que el rigor científico constituye el presupuesto básico de una honesta labor universitaria.

Asimismo, quiero expresar mi más sincero agradecimiento a Russ Kelly, tanto por su amabilidad como por la información que personalmente me ha facilitado para la elaboración de este trabajo de investigación, consistente en lo sucedido en Ontario (Canadá) en 1974, conocido como *Caso Elmira*, primer antecedente de justicia restaurativa en la modalidad de mediación penal.

De modo especial, por toda la información que me ha proporcionado para la elaboración del presente trabajo de investigación, debo expresar mi más sincero agradecimiento al profesor Nils Christie, profesor emérito del Departamento de Criminología de la Universidad de Oslo, porque todas las publicaciones e investigaciones que me ha facilitado, me han hecho reflexionar acerca del actual modelo de justicia tanto a nivel teórico como práctico y la posibilidad de proponer ideas, formas, programas y métodos en el campo jurídico dentro de un nuevo modelo de justicia, en beneficio del conjunto de la sociedad.

Deseo expresar mi más sincero agradecimiento a D. José Sesma León, Director del Departamento de Pastoral Penitenciaria por toda la documentación que ha puesto a mi disposición y que me ha permitido reflexionar y comprender la justicia restaurativa intra muros.

En estos momentos, expresar mi agradecimiento a D. Juan Pedro Cegarra López por sus múltiples enseñanzas y sobre todo por ayudarme a ver la vida a la luz de Dios y comprender la perspectiva bíblica del nuevo paradigma de justicia restaurativa.

Asimismo, quiero expresar mi más sincero agradecimiento a todos aquellos que siempre me han brindado un inestimable apoyo tanto en el orden profesional como en el estrictamente personal, y de un modo especial por su gran calidad tanto humana como profesional, a todos aquellos que forman parte de la Asociación Valenciana de Justicia Restaurativa.

El agradecimiento y dedicatoria más especial está dirigido a mis padres por todo su apoyo y amor incondicional en este trayecto y con todo mi cariño, a mi abuelo, José Gumbau, por darme a conocer esta nueva visión de la justicia cuando tomé posesión del cargo de Juez Sustituta.

Finalmente, deseo expresar mi más sincero agradecimiento a Dios, quien ha inspirado mi espíritu para la redacción y conclusión de esta Tesis Doctoral y me ha permitido comprender que el amor es el fundamento de la justicia restaurativa.

**JUSTICIA RESTAURATIVA:
UN PARADIGMA EMERGENTE**

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como punto de partida mi experiencia profesional tanto de juez sustituta como de fiscal, y la reflexión personal de que debemos ser conscientes de que el sistema judicial actual conocido como *sistema retributivo* responde a una filosofía y a unos fundamentos tanto teóricos como prácticos, que quizá no son los más idóneos para resolver pacíficamente los conflictos y lograr la paz social.

Podríamos decir que actualmente nos encontramos ante una crisis del paradigma imperante en la administración de justicia, lo que se conoce como *crisis del paradigma retributivo o crisis del modelo de justicia tradicional* dado que este modelo ha sido el dominante en la administración de justicia. Asimismo, debido especialmente al aumento de la criminalidad y de la delincuencia en la mayor parte de los países del mundo, la respuesta habitual es el aumento de las penas y la creación de tipos penales nuevos con la finalidad de dar respuesta a las exigencias de la sociedad.

Todo ello, poco a poco está provocando una saturación de los procesos en la administración de justicia¹ y un ambiente cada vez más agresivo en los centros penitenciarios, dado que muchos de ellos no cuentan con recursos económicos ni humanos para reinsertar al delincuente en la sociedad. Así pues, nos encontramos ante indicadores que nos permiten afirmar que el sistema de justicia actualmente imperante entendido como *justicia retributiva* no cumple los fines para los que se instauró, quizá porque en lugar de poner el énfasis en la valorización humana se centra en el castigo del culpable.

¹ En ese sentido el Consejo General del Poder Judicial ha iniciado estudios para calcular el coste de los litigios con el fin de que los recursos presupuestarios de las diferentes Administraciones se asignen de la manera más eficiente, realizando o proponiendo los ajustes necesarios, o mediante la revisión de la demarcación y planta judicial.

Las investigaciones realizadas en la presente tesis nos muestran como actualmente se está empezando a hablar de una nueva *filosofía de la administración de justicia* incluso por parte de las Naciones Unidas. Así, el *Preámbulo de Los Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de las Naciones Unidas* de 2002 establece: «[...] Consciente de que este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa; permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad; y permite a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia»².

Asimismo, en el *11º Congreso sobre la Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en Bangkok (Tailandia) del 18 al 25 de abril de 2005*, se procedió a aprobar la *Declaración de Bangkok; Sinergias y respuestas: alianzas estratégicas en materia de prevención del delito y justicia penal*, y se puso de manifiesto que «[...] para promover los intereses de las víctimas y la rehabilitación de los delincuentes, reconocemos la importancia de seguir elaborando políticas, procedimientos y programas en materia de *justicia restaurativa* que incluyan alternativas del juzgamiento, a fin de evitar los posibles efectos adversos del encarcelamiento, de ayudar a reducir el número de causas que se presentan ante los tribunales penales y de promover la incorporación de enfoques restaurativos en las prácticas de justicia penal, según corresponda»³.

El estudio e investigación de los instrumentos internacionales y europeos que específicamente se refieren a la *justicia restaurativa*, así como la investigación de este nuevo paradigma en el derecho comparado, reflejan que nos hallamos ante un *paradigma emergente*, que poco a poco, va saliendo a la luz, puesto que implica una nueva visión de la justicia y del derecho procesal.

² U.N.O.D.C. (Office on Drugs and Crime. United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], «Anexo II. Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Utilización de los Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de las Naciones Unidas de 2002», *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006, pág. 99 y ss.

³ U.N.O.D.C. (Office on Drugs and Crime. United Nations) [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], *Congresos de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal 1955-2010. 55 años de logros*, pág. 14.

Al respecto, cabe destacar que discrepando de la corriente doctrinal que entiende por *justicia restaurativa*, únicamente la aplicación de esta filosofía en el ámbito penal, entendemos que por sus fines y su fundamento teórico – práctico, si bien lógicamente sus beneficios se evidencian de forma más notable en el ámbito penal, la misma es aplicable a todas las jurisdicciones en el ámbito de la administración de justicia.

En el presente trabajo de investigación el objetivo general en el que se enmarca todo el trabajo es el análisis e investigación del *paradigma restaurativo*, a fin de obtener un verdadero conocimiento de dicho paradigma y de su aplicación en la praxis, demostrando así que los elementos de este *paradigma emergente* favorecen su aplicación gubernamental como política pública social.

En cuanto a los objetivos específicos destacar:

- 1- Estudiar los principios básicos en los que se fundamenta el paradigma restaurativo.
- 2- El estudio y análisis de las fuentes de este nuevo movimiento.
- 3- Profundizar en el sujeto cognoscente, el objeto y el acto de conocer.
- 4- Profundizar en el método restaurativo más eficaz.
- 5- Investigar los diferentes programas restaurativos.
- 6- La investigación de la justicia restaurativa aplicada
- 7- Investigar y profundizar en el marco jurídico internacional y comunitario aplicable.
- 8- Realizar un estudio de derecho comparado
- 9- La viabilidad de la implementación de la justicia restaurativa en nuestro entorno.

El presente trabajo de investigación está dividido en dos partes. La Primera Parte está dedicada al estudio e investigación de la *Epistemología de la Justicia Restaurativa* y la Segunda Parte, a la investigación de la *Justicia Restaurativa aplicada*.

La *Primera Parte* denominada *Epistemología de la Justicia Restaurativa* está formada por cinco capítulos y nos permitirá tener un verdadero conocimiento de lo que podríamos denominar *El Paradigma Restaurativo*. Profundizar en la *Epistemología de la Justicia Restaurativa* nos permitirá descubrir la belleza de este nuevo *paradigma restaurativo*, conocer cuál es su objeto de conocimiento, sus fuentes, la relación entre el sujeto y objeto del conocimiento y el método utilizado, entre otras muchas cuestiones.

En el *capítulo primero* dedicado al *concepto de justicia restaurativa*, profundizaremos en la estructura del paradigma restaurativo y en perspectiva léxico – semántica del concepto de justicia restaurativa, dada la imprecisión y variedad terminológica existente en torno al mismo, para posteriormente proceder a su definición y analizar los elementos del concepto descubriendo su naturaleza y fines tanto en la dimensión individual como en la social.

En el *capítulo segundo* profundizaremos en los *principios informadores de la justicia restaurativa*, diferenciando los principios fundamentales del paradigma restaurativo como son el principio de caridad, de dignidad humana, humanidad de las penas, restauración, bien común, solidaridad y subsidiariedad, de los principios que informan el proceso restaurativo. Asimismo profundizaremos en la *Resolución 2002/12, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas*, que establece los *Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal*.

En el *capítulo tercero*, se procede al estudio y análisis de las *fuentes principales* que han motivado la aparición del movimiento de justicia restaurativa, extrayendo de cada una de ellas, las enseñanzas necesarias que nos permitan aplicar este modelo de justicia, hoy en día. Se profundiza en la justicia indígena y sus enseñanzas como una de las fuentes principales de este movimiento. Asimismo se procede a la indagación de los programas restaurativos que basados en estas enseñanzas, se han implantado en algunos países con resultados realmente satisfactorios. Se procede al análisis de las comunidades cristianas como una de las fuentes más importantes que han contribuido al desarrollo de

este movimiento, en especial de la técnica conocida como mediación, así como al origen de la justicia restaurativa en el ámbito penitenciario. Asimismo, se procede al análisis de la justicia bíblica considerando que es la verdadera fuente de este paradigma emergente. En este mismo capítulo se procede también al estudio del abolicionismo que ha contribuido a la aparición de este movimiento de justicia restaurativa y se profundiza en el movimiento de resolución alternativa de conflictos.

En el *capítulo cuarto* profundizaremos en el sujeto epistémico, el objeto de conocimiento y el acto de conocer. En relación al acto de conocer, profundizaremos en la dimensión hebrea de distintos conceptos, dada su connotación de profundidad y eternidad, descubriendo que *conocer es practicar la justicia* y profundizando en la relación armónica entre ortodoxia y ortopraxis a los efectos del conocimiento del nuevo paradigma.

En el *capítulo quinto* procederemos a investigar el *método restaurativo*, analizando sus características principales y su ámbito de aplicación. Asimismo analizaremos los principios básicos del proceso restaurativo y las distintas fases del mismo. También se profundiza en el diseño de los *Programas Restaurativos*, teniendo en cuenta su definición y clasificación, el proceso de remisión, la dinámica de los intervinientes, los resultados del programa y la evaluación y monitoreo de los mismos, a la luz de la información contenida en el *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa* de la *Office on Drugs and Crime United Nations*, (U.N.O.D.C)⁴.

En la *Segunda Parte* dedicada a la *Justicia Restaurativa Aplicada*, se expone en el *capítulo sexto* el marco jurídico internacional aplicable al *paradigma restaurativo* profundizando en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en especial en *Los principios básicos de las Naciones Unidas sobre el uso de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal* de 2002.

⁴ U.N.O.D.C. (Office on Drugs and Crime United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito].....op.cit., pág. 99 y ss.

El *capítulo séptimo* está dedicado al estudio e investigación del *marco jurídico comunitario de la justicia restaurativa*, especialmente de los documentos aprobados en el ámbito de la Unión Europea que han dado una importancia estratégica a la mediación y otras formas de justicia restaurativa en el ámbito penal⁵, especialmente la *Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, sobre el Estatuto Europeo de la víctima en el proceso penal* y la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012*, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo.

Asimismo, se procede al estudio de la normativa emanada del Consejo de Europa, donde encontramos la preocupación por la asistencia a la víctima y por el nuevo paradigma especialmente a través de Recomendaciones: *Recomendación N° R (92) 16 del Consejo de Europa sobre Las Reglas Europeas sobre sanciones y medidas en la comunidad de 1992*; *Recomendación N° R. (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre La mediación en asuntos penales*; *Resolución Ministerial n° 2 sobre la misión social del sistema de justicia penal – justicia restaurativa de 2005* y la *Recomendación N° R. (2006) 8 sobre la asistencia a las víctimas del crimen de 14 de junio de 2006*, entre otras.

En el *capítulo octavo* se realiza un estudio de *la justicia restaurativa en el marco del derecho comparado* para poder observar la evolución que está teniendo la *justicia restaurativa* en los diferentes países de nuestro entorno, teniendo en cuenta los sistemas jurídicos vigentes en la actualidad: El *Sistema de Derecho Continental* o Neoromanista (en inglés *Civil Law*), el *Sistema de Derecho Anglosajón* (en inglés *Common Law*), el *Sistema de Derecho Religioso*, el *Sistema de Derecho Consuetudinario* y el *Sistema Híbrido de Derecho Civil y Anglosajón*.

⁵ DEL RIQUELME HERRERO, M., Secretaria General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), *Mediación Penal: marco conceptual y referentes*, Guía conceptual para el diseño y ejecución de planes estratégicos nacionales de mejora y fortalecimiento de la mediación penal, Programa para la cohesión social en América Latina, Eurosocietal II, julio, 2013, pág. 16.

Dentro del *Sistema de Derecho Continental* cabe establecer la diferenciación entre el *Sistema Europeo Continental*, el *Sistema Latino-americano*, el *Sistema Escandinavo* y el *Sistema Latino-africano*. Dentro del *Sistema Europeo Continental* nos centraremos dada su importancia en el nuevo paradigma de *justicia restaurativa* en la regulación establecida en Alemania, Bélgica y la República Checa.

Por otra parte, dentro del *Sistema de Derecho Continental de Centroamérica* en los países que más se ha desarrollado el nuevo paradigma ha sido en Honduras, El Salvador y Nicaragua.

En *Sudamérica* se sigue principalmente el *Sistema de Derecho Continental*. Observamos como en general estamos ante sistemas altamente estructurados y formales, que dependen fuertemente del encarcelamiento y de los poderes del Estado para mantener el orden. A pesar de ello, la regulación establecida en diferentes países, como son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia y Perú, abre la puerta al nuevo *paradigma restaurativo*.

Dentro del *Sistema de Derecho Continental* nos encontramos con el *Sistema Escandinavo* aplicable en Dinamarca, Noruega, Finlandia, y Suecia e Islandia. También dentro del *Sistema de Derecho Continental* cabe destacar el *Sistema Latino-africano* que se aplica en Benin, Burundi, Cabo Verde, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial, Madagascar, Mozambique, República Centroafricana, Ruanda, Santo Tomé y Príncipe, Togo y Zaire.

En el *capítulo noveno* se profundiza en el *marco jurídico de la justicia restaurativa en España*, puesto que distintos artículos de nuestros textos legales abren la puerta al nuevo paradigma restaurativo.

En la *Tercera Parte* dedicada a las *Conclusiones* se exponen las conclusiones más importantes que se han extraído de la investigación realizada, contrastando los resultados obtenidos con las discusiones planteadas por otros autores, valorando la novedad de las evidencias mostradas. Dada su importancia para la presente investigación, se incluyen distintos documentos como *Anexos* al presente trabajo de investigación, señalando por último la información bibliográfica que contiene el listado bibliográfico de las fuentes consultadas, con todos los detalles de los datos que configuran cada referencia bibliográfica.

GLOSARIO DE SIGLAS

A.P.	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
A.V.A.J.U.R.E.S.	Asociación Valenciana de Justicia Restaurativa
Cap.	Capítulo
C.C.	Código Civil (R.D. 24 de julio de 1889)
C.C.A.A.	Comunidades Autónomas
C.D.N.	Convención sobre los Derechos del Niño
C.E.	Constitución Española
C.E.D.A.W.	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer
C.G.P.J.	Consejo General del Poder Judicial
C.I.D.H.	Carta Internacional de los Derechos Humanos
Cit.	Citado
Conv.	Convenio
C.P.	Código Penal (L.O. 10/1995, de 23 de noviembre)
C.I.P.P.	Comisión Internacional Penal y Penitenciaria
D.I.D.H.	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
D.I.H.	Derecho Internacional Humanitario
D.R.A.E.	Diccionario de la Real Academia Española
D.U.D.H.	Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948
Ed.	Edición
J.R.	Justicia Restaurativa
J.T.	Justicia Terapéutica
Ibídem	En la misma obra citada
L.E.C.	Ley de Enjuiciamiento Civil
L.E.Crim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal (R.D. de 24 de septiembre de 1882)

L.O.	Ley Orgánica
L.O.G.P.	Ley Orgánica General Penitenciaria (L.O. 1/1979, de 26 de septiembre)
L.O.P.J.	Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O. 6/1985, de 1 de julio)
O.N.U.	Organización de las Naciones Unidas
Op. cit.	En la obra ya citada
Pág.	Página
P.I.D.C.P.	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
P.I.D.E.S.C.	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
pp.	Páginas
R.	Recomendación
R.A.E.	Real Academia Española.
R.D.	Real Decreto
R.P.	Reglamento Penitenciario.
ss.	Siguientes
S.T.C.	Sentencia del Tribunal Constitucional
S. Th.	Suma Teológica
S.T.S.	Sentencia del Tribunal Supremo.
T.	Tomo
T.B.C.	Trabajos en Beneficio de la Comunidad
T.C.	Tribunal Constitucional
T.S.	Tribunal Supremo
U.N.O.D.C.	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
Vol.	Volumen

PRIMERA PARTE

**EPISTEMOLOGÍA DE
LA JUSTICIA RESTAURATIVA**

CAPITULO I

EL CONCEPTO DE JUSTICIA RESTAURATIVA

A. EL PARADIGMA RESTAURATIVO

La investigación acerca del concepto de *justicia restaurativa* nos revela que nos encontramos ante un *paradigma emergente*, que paulatinamente, se va abriendo paso en la sociedad actual. La profundización en la *epistemología de la justicia restaurativa*, nos permitirá descubrir la belleza de este nuevo paradigma, conocer cuál es su objeto de conocimiento, sus fuentes, la relación entre el sujeto y el objeto de conocimiento y el método utilizado para descubrir dicho conocimiento, entre otras muchas cuestiones.

En el presente capítulo, profundizaremos en el concepto de *paradigma* y su significado contemporáneo, y analizaremos la imprecisión y variedad terminológica existente en torno al mismo, para posteriormente proceder a su definición y al análisis de los elementos del concepto, con la finalidad de abordar con más claridad su naturaleza y fines. Todo ello, nos permitirá conocer realmente lo que podríamos denominar *el paradigma restaurativo*, que entendiendo la justicia como virtud, conlleva una profunda humanización de la misma.

El paradigma restaurativo se caracteriza por ser un *paradigma pacífico*⁶, puesto que su finalidad principal es conseguir la paz tanto individual como social. Ello exige, sin duda, un cambio epistemológico, puesto que en la actualidad la mayoría de las investigaciones realizadas en torno a la paz, se realizan principalmente centrándose en la perspectiva construida desde la violencia⁷. Dicho cambio epistemológico exige necesariamente una visión de la paz positiva, a fin de que entre todos, podamos construir un mundo en el que reine la paz entre todos los pueblos, entre todas las naciones.

⁶ JIMÉNEZ BAUTISTA, F. y RUEDA PENAGOS, Z., «Hacia un paradigma pacífico: La paz mundo, la paz compleja y la paz neutra», *Revista Científica Ra-Ximhai*, México, Universidad Autónoma Indígena de México, 2012, vol. 8, septiembre- diciembre, núm. 3, pág. 230.

⁷ FERNÁNDEZ HERRERÍA, A. y LÓPEZ LÓPEZ, M., «Educar para la paz. Necesidad de un cambio epistemológico», *Revista de Ciencias Sociales Convergencia*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 2014, enero-abril, núm. 64, pp. 117-142.

a. El concepto de paradigma

El estudio e investigación del nuevo paradigma de justicia restaurativa requiere con carácter previo, profundizar en el concepto de *paradigma* y su significado contemporáneo, así como en su estructura constituida por la metafísica, la epistemología y la ética.

El origen etimológico de la palabra *paradigma*, lo encontramos en la palabra latina «paradigma» procedente del griego παράδειγμα «parádeigma», que se forma de la unión del prefijo παρά «para» que significa «junto», y de la palabra δέγμα «deigma», que significa «patrón o modelo»⁸. Asimismo, el significado de *paradigma* como «modelo, patrón, ejemplo» también lo encontramos en la definición que nos ofrece el *Diccionario de la Lengua Española* (D.R.A.E.)⁹ editado y elaborado por la *Real Academia Española* (R.A.E.)¹⁰

Una de las primeras personas que utilizó el término *paradigma* fue Platón (427-347 a.C.) en su obra el *Timeo*¹¹, escrita en torno al año 360 a.C. donde realizó su propia definición de lo que consideraba como *paradigma*, entendiendo que «un paradigma es más que un simple modelo, es un modelo ejemplar, perfecto, de tal modo que se ha de considerar digno de seguir e imitar»¹². Así pues, los *paradigmas* son para Platón, los *modelos divinos* a partir de los cuales están hechas las cosas terrestres.

⁸ LAÍN ENTRALGO, P., *Gran Diccionario Enciclopédico Universal*, Madrid, Ed. Club Internacional del Libro, 1989, Tomo X, pág. 3.954.

⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 23ª ed., Madrid, Ed. Real Academia Española, 2014. El *Diccionario de la Lengua Española* es la obra lexicográfica de referencia de la Academia. La vigésimo tercera edición, publicada en octubre de 2014 como colofón de las conmemoraciones del tricentenario de la Academia, es fruto de la colaboración de las veintidós corporaciones integradas en la Asociación de Academias de la Lengua Española (A.S.A.L.E.).

¹⁰ *Real Academia Española* es el nombre que aparece en sus Estatutos aprobados por Real Decreto de 24 de agosto de 1859 y posteriormente, modificados por los Reales Decretos 1774/1977, de 10 de junio, y 1810/1980, de 4 de julio.

¹¹ *Timeo* (Τίμαιος) es un diálogo escrito por Platón en torno al año 360 a. C. Precede al *Critias* o *La Atlántida*, y es considerado como el más influyente en toda la filosofía y ciencia posteriores. Su contenido profundiza esencialmente en tres problemas: El cosmogónico sobre el origen del universo, el físico sobre la estructura de la materia y el antropológico sobre la naturaleza humana.

¹² VELASQUEZ, O., «La significación del paradigma en el *Timeo* de Platón y su carácter articulador», *Revista de Estudios de Filosofía Platónica y Cristiana Diadokhe*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2001, pp. 9-21.

Siguiendo a Platón, entendemos por *paradigma* «aquel modelo que es la mejor referencia para un camino a seguir, es decir, aquellas formas originarias que constituyen la esencia de lo real»¹³. En *Timeo*, vemos como las ideas son para Platón la esencia, los modelos o paradigmas universales que las cosas tienden a imitar. La idea o esencia (eidos)¹⁴ de una cosa, es aquello por lo que esa cosa *es lo que es*¹⁵.

El estudio de la obra de Platón nos muestra que toda su filosofía «está concebida para comprender que el mundo de las ideas, eterno e inmutable, es el foco de referencia, la esencia de todas las realidades del mundo físico. A dicha esencia se accede según el filósofo a través de la contemplación. Así pues, en el caso de la ley se accede a su esencia a través de la contemplación de la ley divina, de la que emana la justicia, en plena consonancia con la certeza y la virtud»¹⁶.

El término *paradigma* ha sido también utilizado en el marco de la filosofía de la ciencia, por el científico alemán Georg Christoph Lichtenberg (1742-1799)¹⁷. De esta fuente proviene el uso del término, que luego encontramos en la obra del filósofo vienés Ludwig Josef Johann Wittgenstein (1889-1951) para quien «los paradigmas son *patrones epistemológicos* que permiten a una comunidad la comprensión recíproca y una actividad compartida con pleno significado para los miembros del grupo»¹⁸.

¹³ LLOREDO ALIX, L., «El Positivismo jurídico como paradigma de pensamiento (a propósito de Rudolf Von Jhering)» en *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, núm.1, pág. 1.

¹⁴ La idea o esencia (eidos). El término idea, tiene en griego la misma raíz léxica que el verbo ver, así que la idea es una visión; pero una visión que se tiene con la inteligencia, no con los sentidos: es un haber visto por medio del logos. Aquello que se ve de esa manera, es la esencia de las cosas, la idea, el ser permanente, frente al mundo aparente. La idea es objeto de conocimiento científico (dialéctica) y su naturaleza es eterna, inmutable e idéntica para todos.

¹⁵ SALGADO GONZÁLEZ, S., «El ideal de ciudad justa», *Revista de Filosofía Duederías*, (Serie Historia de la Filosofía), 2012, vol. 1, pág. 18.

¹⁶ CONTRERAS, F., RAMIS, R., CARPINTERO, F., BELLVER, V., GALLEGU, E., *El Sentido de la Libertad. Historia y vigencia de la idea de Ley Natural*, Barcelona, Ed. Stella Maris, 2014, pp. 27- 28.

¹⁷ CENTRO DE ESTUDIOS FILOSÓFICOS DE GALLARATE, *Diccionario de Filósofos*, Madrid, Ed. Rioduero, 1986, pág. 814.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 1.410.

Así pues podemos decir que *los paradigmas* son presupuestos, conjunto de reglas y de prácticas que se sitúan con carácter previo a toda experiencia de modo que no son algo que se pueda representar, sino que ellos mismos son el *modo de representación*.

En el ámbito de la investigación sociológica, el concepto de *paradigma* ha sido utilizado principalmente por los sociólogos estadounidenses Robert King Merton (1910-2003) y Talcott Parsons (1902-1979) con respecto a sus teorías de la acción social.

El significado contemporáneo de este término, lo encontramos en la obra del historiador y filósofo de la ciencia estadounidense Thomas Samuel Kuhn (1922-1996)¹⁹ denominada *The Structure of Scientific Revolutions*, que data de 1962²⁰.

Dicha obra «supone una contribución al estudio del devenir de la ciencia, que en lo sucesivo, daría un vuelco a nuestra forma de concebir su desarrollo y el trabajo de los que se dedican a ella. La visión tradicional de ambas cosas, con matices y precisiones para cada época, sostenía que la evolución del conocimiento se asemejaba a la de un crecimiento *lineal, gradual y acumulativo*. Según esto, los científicos no hacían sino superponer nuevos descubrimientos e invenciones a los logros ya asentados por sus predecesores, de manera que se avanzaba constantemente en una línea de perpetua perfectibilidad, en un camino que cada vez nos iría aproximando más a la verdad. Frente a esta presentación de las cosas, Kuhn propuso que el conocimiento científico avanzaba más bien a saltos, a base de quiebras entre grandes modelos de conocimiento: *los paradigmas*»²¹.

¹⁹ Thomas Samuel Kuhn estudió Físicas en la Universidad de Harvard, por la que se doctoró en dicha especialidad en 1949. A partir de ese momento, su interés se orientó hacia el estudio de la Historia de la Ciencia, al que se dedicó por completo, permaneciendo en Harvard como profesor ayudante de Historia de la Ciencia hasta 1956. A partir de 1961 pasó a ocupar la Cátedra de Historia de la Ciencia en la Universidad de Berkeley, y en 1964 en la Universidad de Princeton hasta 1979, año en que se instalará en Boston, ocupando la Cátedra de Filosofía e Historia de la Ciencia del Massachusetts Institute of Technology.

²⁰ KUHN, T., *The Structure of Scientific Revolutions*, [La Estructura de las Revoluciones Científicas], (Trad Agustín Contín), Madrid, Fondo de Cultura Económica, [1962], 2001, pp. 82-83.

²¹ LLOREDO ALIX, L., «El Positivismo jurídico como paradigma de pensamiento (a propósito de Rudolf Von Jhering)» en *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, núm.1, pág. 3.

Thomas Samuel Kuhn en la introducción de su obra *The Structure of Scientific Revolutions*, describe el término *paradigma* como «la serie de prácticas que trazan los lineamientos de una disciplina científica a lo largo de un cierto lapso temporal»²². A pesar de la polisemia de acepciones del término *paradigma* en su obra, Kuhn entiende el término como «una sólida red de compromisos – conceptuales, teóricos, instrumentales y metafísicos, que proporcionan una serie de modelos de los cuáles surgen tradiciones especialmente coherentes de investigación. De esta forma, el término *paradigma* abarca una gama de factores del desarrollo científico que incluye o supone, de alguna manera, leyes y teorías, modelos, normas y métodos. Comporta una manera especial de entender el mundo y de explicarlo, proporcionando soluciones a una comunidad científica»²³.

El profesor Kuhn considera que «los miembros de una comunidad científica que postulan el mismo paradigma, comparten una serie de valores comunes y de elementos compartidos adquiridos en su educación y aprendizaje, lo que permite dar cuenta del carácter relativamente poco problemático de la comunicación profesional en el seno de dicha comunidad»²⁴. Estos valores y elementos ordenados es lo que el profesor Kuhn llama *matriz disciplinar*. Dicha denominación surge debido a que es la profesión común de los que practican una disciplina profesional concreta. Así pues, los miembros de una comunidad científica, interpretan sus generalizaciones simbólicas de la misma forma y confieren por ello el mismo significado a los términos teóricos por ellos empleados²⁵.

En resumen, podríamos afirmar que un paradigma es lo que los miembros de una comunidad científica comparten, y asimismo que una comunidad científica consiste en que sus miembros compartan un mismo paradigma.

²² JIMÉNEZ BAUTISTA, F. y RUEDA PENAGOS, Z., «Hacia un Paradigma Pacífico: La paz mundo, la paz compleja y la paz neutra», *Revista Científica Ra-Ximhai*, México, Universidad Autónoma Indígena de México, 2012, vol.8, septiembre- diciembre, núm. 3, pág. 225.

²³ ROJAS AMANDI, V. M., *Cuatro paradigmas de la epistemología jurídica*, México, Universidad Iberoamericana, 2006, pág. 385.

²⁴ *Ibidem*...pág. 385.

²⁵ SUPPE, F., «Ejemplares, Teorías y Matrices Disciplinarias», *The Structure of Scientific Revolutions*, [Estructura de las Teorías Científicas], (Trad. Pilar Carillo y Eloy Rada), Madrid, España, Ed. Nacional, 1979, pág. 534.

Más recientemente, el sociólogo y antropólogo francés, Edgar Morin²⁶ en su obra *El Método* de 1992, explica que el *paradigma* se sitúa en el núcleo de las teorías y aclara que utiliza este término no únicamente respecto al saber científico sino para cualquier sistema *noológico* señalando: «Un paradigma contiene, para cualquier discurso que se efectúe bajo su imperio, los conceptos fundamentales o las categorías rectoras de inteligibilidad al mismo tiempo que el tipo de relaciones lógicas de atracción/repulsión (conjunción, disyunción, implicación u otras) entre estos conceptos o categorías. De este modo, los individuos conocen, actúan y piensan de conformidad con los paradigmas inscritos culturalmente en ellos. Los sistemas de ideas están radicalmente organizados en virtud de paradigmas»²⁷.

Según indica Edgar Morin en su obra: «Un sistema de ideas está constituido por una constelación de conceptos asociados de forma solidaria y cuyas disposiciones se establecen por los vínculos lógicos en virtud de axiomas, postulados y principios de organización subyacentes; un sistema de ideas produce en su campo de competencia enunciados que tienen valor de verdad, y eventualmente, predicciones sobre todos los hechos y eventos que en él deben manifestarse [...], mediadores entre los espíritus humanos y el mundo, los sistemas de ideas adquieren consistencia y realidad objetiva a partir de su organización»²⁸.

²⁶ Edgar Morin estudió en la Sorbona y en la Universidad de Toulouse, licenciándose en geografía e historia y en derecho en 1942. Cursó posteriormente estudios universitarios de sociología, economía y filosofía, que se vio obligado a interrumpir por el estallido de la II Guerra Mundial. Investigador y miembro del Centro Nacional de Investigaciones Científicas (CNRS) desde 1950, en 1970 pasó a ser director de investigación de dicho centro. Desde 1977 dirigió el centro de estudios interdisciplinares de la Escuela Superior de Ciencias Sociales, dependiente del CNRS.

²⁷ JIMÉNEZ BAUTISTA, F. y RUEDA PENAGOS, Z., «Hacia un Paradigma Pacífico: La paz mundo, la paz compleja y la paz neutra», *Revista Científica Ra-Ximhai*, México, Universidad Autónoma Indígena de México, 2012, vol. 8, septiembre-diciembre, núm. 3, pág. 225.

²⁸ MORIN, E., *El método, las ideas*, Madrid, Ed. Cátedra, 1992, pág. 216 y ss.

b. Un paradigma emergente

De conformidad con el concepto de *paradigma* anteriormente expuesto podríamos decir que actualmente estamos ante una crisis del paradigma imperante en la administración de justicia, lo que se conoce como *crisis del paradigma retributivo o crisis del modelo de justicia tradicional* dado que este modelo ha sido el dominante en la administración de justicia. Asimismo, debido especialmente al aumento de la criminalidad y de la delincuencia en la mayor parte de los países del mundo, la respuesta habitual es el aumento de las penas y la creación de tipos penales nuevos con la finalidad de dar respuesta a las exigencias de la sociedad. Todo ello, está provocando paulatinamente una saturación de los procesos en la administración de justicia y un ambiente cada vez más agresivo en los centros penitenciarios, dado que muchos de ellos no cuentan con recursos económicos ni humanos para reinsertar al delincuente en la sociedad.

Paralelamente, se está empezando a hablar de una nueva *filosofía de la administración de justicia* incluso por parte de las Naciones Unidas. Así, en la Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas se insta a los Estados miembros a que observen *Los Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de las Naciones Unidas de 2002*²⁹, cuyo *Preámbulo* se destaca: «Consciente de que este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa; permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad; y permite a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia»³⁰. El texto íntegro de *Los Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de las Naciones Unidas de 2002* figura en el Anexo III del presente trabajo de investigación.

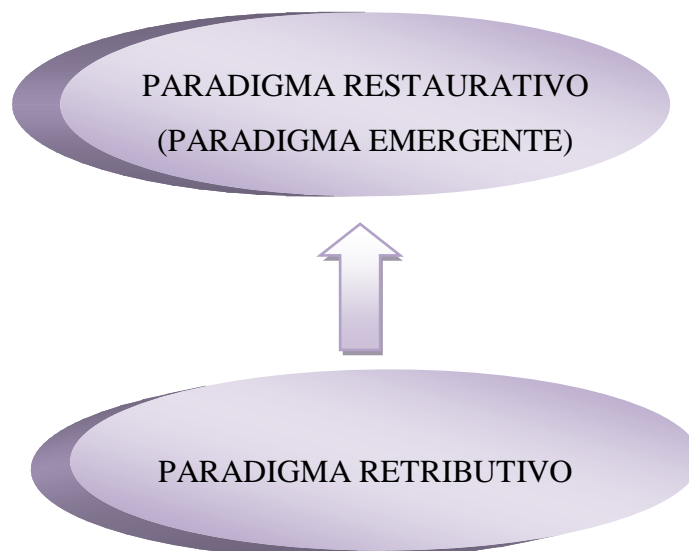
²⁹ U.N.O.D.C. (Office on Drugs and Crime. United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], «Anexo II. Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Utilización de los Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de las Naciones Unidas de 2002», *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006, pág. 99 y ss.

³⁰ U.N.O.D.C. (Office on Drugs and Crime. United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], «Anexo II. Principios Básicos de las Naciones Unidas...op.cit., pág. 99 y ss.

Asimismo, en el *11º Congreso sobre la Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en Bangkok (Tailandia) del 18 al 25 de abril de 2005*, se procedió a aprobar la *Declaración de Bangkok Sinergias y respuestas: alianzas estratégicas en materia de prevención del delito y justicia penal*, y se puso de manifiesto que «[...] para promover los intereses de las víctimas y la rehabilitación de los delincuentes, reconocemos la importancia de seguir elaborando políticas, procedimientos y programas en materia de *justicia restaurativa* que incluyan alternativas del juzgamiento, a fin de evitar los posibles efectos adversos del encarcelamiento, de ayudar a reducir el número de causas que se presentan ante los tribunales penales y de promover la incorporación de enfoques restaurativos en las prácticas de justicia penal, según corresponda»³¹.

El estudio e investigación de los instrumentos internacionales y europeos que específicamente se refieren a la *justicia restaurativa*, así como la investigación de este nuevo paradigma en el derecho comparado, reflejan que nos hallamos ante un *paradigma emergente*, que paulatinamente, va saliendo a la luz, puesto que implica una nueva visión de la justicia y del derecho procesal.

Esquema n.º 1: Paradigma restaurativo / Paradigma retributivo.



³¹ U.N.O.D.C. (Office on Drugs and Crime. United Nations) [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], *Congresos de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal 1955-2010. 55 años de logros*, pág. 14.

c. Estructura del paradigma: epistemología y ética

La *epistemología*³² del griego *ἐπιστήμη* (*episteme*) «conocimiento», y *λόγος* (*logos*) «estudio», es la disciplina filosófica cuyo objeto de estudio es la esencia del saber³³. La *epistemología* es una de las ramas de la filosofía teórica que trata de examinar los fundamentos y el alcance del conocimiento humano³⁴, formando parte de la metafísica y configurando junto a la ética, la estructura del *paradigma restaurativo* puesto que conlleva la aspiración de conocer con la máxima profundidad todo lo permitido al entendimiento humano, conocer todo lo que existe, *como incluido en las primeros principios y las primeras causas, o al menos en relación con ellos*³⁵. El objeto de estudio de la *epistemología*, lo planteó ya Aristóteles en las primeras líneas de su *Metafísica* al asegurar que «todos los hombres, por su naturaleza, desean saber y que el conocimiento proporciona sabiduría»³⁶.

Dentro de la *epistemología* nos encontramos con la *epistemología jurídica*³⁷, que es la disciplina encargada de estudiar los fundamentos y el método del conocimiento del Derecho. A lo largo de la historia podemos observar como el derecho ha tenido diferentes epistemologías destacando entre ellas, el iusnaturalismo y el positivismo jurídico³⁸.

³² También ha sido denominada *Teoría del conocimiento* – más utilizado por los alemanes e italianos – *gnoseología*- utilizada por los franceses – o *Filosofía de la Ciencia*.

³³ *Saber* equivale a *poseer un conocimiento verdadero*. La filosofía que se define como *amor a la verdad* es la disciplina que nos ayuda a buscar la verdad con el único concurso de la razón natural; tiene el objetivo fundamental de enseñarnos a pensar, a formar criterio y a tener personalidad, a saber discutir con argumentos, siendo esta actitud filosófica algo connatural a la propia naturaleza humana. Por otra parte, cada destacar que cada saber real debe tener un carácter universal, permanente y objetivo y no puede depender de las particularidades individuales y personales del sujeto cognoscente.

³⁴ MELENDO, T., *Introducción a la Filosofía*, Pamplona, Ed. Eunsa, 2007.

³⁵ ETIENNE, G., *El amor a la sabiduría*, Caracas, Ed. Ayse, 1974.

³⁶ ARISTÓTELES, *Metafísica*, Argentina, Ed. Sudamericana, 2000, pp. 101-102.

³⁷ *La epistemología jurídica* es la que trata de dilucidar si el conocimiento del Derecho es posible, qué forma o estructura ha de tener, cuáles son sus maneras de presentarse en las sociedades, que método se ha de utilizar, etc. El conocimiento se ha definido como la relación que el hombre establece con la realidad para producir en el alma el objeto cognitivo.

³⁸ El Derecho natural es el primer modelo epistemológico y tiene su desarrollo desde los griegos hasta el nacimiento del mecanicismo a finales del siglo XVII o comienzos del XIX. El positivismo sigue el modelo epistemológico científico. El primer modelo es un modelo metafísico y por ello presta mucha atención al derecho ideal, mientras que el segundo es un modelo físico y hace mucho hincapié en la medición y valoración de los hechos relacionados con el derecho.

Al respecto, cabe destacar como pone de relieve el profesor Joaquín Ferrer Arellano, en su artículo denominado «Propuesta de una epistemología jurídica: Los cinco tipos de conocimiento jurídico (distinción y nexos)», que «existen **diferentes grados de conocimiento del Derecho como son el conocimiento teológico, el filosófico, el científico, el casuismo jurídico y el conocimiento prudencial del mismo**. Así pues, es esencial la unidad existencial entre los cinco grados de conocimiento jurídico en la génesis de cada uno de ellos y en su orientación práctica. **Todos los grados del conocimiento tienen sentido, en la medida en que están animados de una intención práctica: servir a la configuración de la conducta social**»³⁹.

En este sentido, es significativa la obra de Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu⁴⁰, especialmente, el *Espíritu de las Leyes*⁴¹, donde encontramos dentro del *Libro Primero* una definición universal válida para todo tipo de ley: «Las leyes, en su más amplia significación, son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas»⁴².

³⁹ FERRER ARELLANO, J., «Propuesta de una epistemología jurídica: Los cinco tipos de conocimiento jurídico (distinción y nexos)»

⁴⁰ Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu, nace en el Castillo de la Brède, en 1689, en el seno de una familia perteneciente a la nobleza bordelosa. Fue hijo de Jacques de Secondat y Marie-Françoise de Pesnel. Su familia pertenecía a la llamada nobleza de toga, es decir, a la nobleza rural vinculada a la profesión judicial. Su madre falleció cuando Charles de Secondat tenía siete años de edad. En ese mismo año, 1696, el parlamento inglés, tras la Revolución Gloriosa (1688-1689) impone definitivamente una monarquía constitucional en Inglaterra, a través de la Carta de Derechos, Bill of Rights, constituyendo poco después, tras la unión con Escocia (1707), el Reino Unido de Gran Bretaña. Esto sucedía mientras que en Francia, se vivía el largo reinado absolutista de Luis XIV que pese a la crisis y el descontento del pueblo duró hasta 1715.

⁴¹ En el *Prefacio*, Montesquieu hace una declaración de intenciones de lo que se propuso al elaborar *El Espíritu de las Leyes* y de como el lector debe emprender y comprender su lectura. Quiere que se vea su obra como él la concibió, es decir, escrita desde la objetividad, ya que él no quiso en ningún momento prejuzgar las distintas formas de gobierno, ni las sociedades en las que se enmarcan, ni las Leyes que en ellas existen, sino analizar la naturaleza de las mismas para saber cuál es la mejor correlación que se puede establecer entre sus distintos tipos; y esta difícil tarea sólo es posible abordarla con la mente libre de prejuicios que a su vez son los que determinan la subjetividad en las personas. El autor escribe «... yo no he sacado mis principios de mis prejuicios, sino de la naturaleza de las cosas».

⁴² MONTESQUIEU, Ch., *El Espíritu de las Leyes* (vertido al castellano con notas y observaciones de Sirot García del Mazo), Tomo I, Madrid, Librería General del Victoriano Suárez, Biblioteca de Derecho y de Ciencias Sociales, 1906, pág. 11 y ss.

En este sentido, todos los seres tienen sus leyes, desde la divinidad hasta el mundo material y las leyes que se derivan de la naturaleza de las cosas son las que a su vez inspiran las leyes normativas que rigen el buen funcionamiento de dichas relaciones. De ahí, que el Barón de Montesquieu denomine a **esas primeras leyes que se deducen directamente de la naturaleza: El Espíritu de las Leyes.**

Para el Barón de Montesquieu las leyes positivas hacen referencia a la ley como regla que guía nuestras acciones, prescrita por una autoridad a la que creemos con derecho a elaborar esta ley. Esta última condición es indispensable pues si falta, la ley se convierte en arbitraria y en un acto de violencia y opresión.

Por otro lado, Charles Louis de Secondat, hace referencia a las *leyes naturales*⁴³ dado que «cuando observamos los fenómenos de la naturaleza y de nuestra inteligencia, cuando descubrimos que todos estos fenómenos se producen del mismo modo y en las mismas circunstancias, decimos que siguen leyes ciertas, leyes que llamamos *leyes de la naturaleza, ley propia de la naturaleza humana o ley del hombre*, pues se corresponde con la estructura racional del ser humano. **Estas leyes son anteriores y superiores a las nuestras, y para que las nuestras, las positivas, sean justas deben ser conformes a ellas. Este es el espíritu o sentido en que deben estar hechas las leyes positivas**»⁴⁴.

Así pues, **el derecho natural es la ley moral que guía la vida del hombre hacia su plenitud.** Se llama *natural* porque está inscrito en el mismo ser de la persona: es el *deber ser* que corresponde a su naturaleza. Podríamos decir que la ley natural está escrita en el *corazón del hombre*, de modo que éste puede *leerla* dentro de sí mismo, dada la capacidad del intelecto humano de descubrir el bien y el mal, por tanto, la dimensión moral de su comportamiento.

⁴³ El discurso de Antígona, contenido en una tragedia homónima de Sófocles, sigue siendo el ejemplo más antiguo de Ley Natural. «Su vigencia no es de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe cuándo fue que aparecieron» (Antígona, 450 – 460).

⁴⁴ FERNÁNDEZ, A., *Diccionario de Teología Moral*, Burgos, Monte Carmelo, 2005, pág. 796.

Dentro de la *epistemología*, especial mención merece la *epistemología de las virtudes* en la que se basa a nuestro modo de entender, el nuevo paradigma, que tiene su primera expresión en un artículo del epistemólogo Ernest Sosa⁴⁵ *The Raft and the Pyramid: coherence versus foundations in the theory of knowledge* donde pone de manifiesto que «Aristóteles propone una **ética de las virtudes** ya que nos dice que la vida humana exitosa es una vida de acción que tiene éxito guiada por la razón y por la competencia, la virtud humana» proponiendo *la epistemología de las virtudes* como una solución a una dicotomía profunda en el seno de la epistemología tradicional: la dicotomía entre fundacionalismo y coherentismo. Otros epistemólogos que defienden esta postura son Alvin Platinga y Linda Trinkaus Zabzebski. En la línea de la *epistemología de las virtudes* podríamos decir que también se encuentra el Catedrático de Ciencias Políticas de la Universidad de Harvard y defensor del Comunitarismo, Michael Sandel al plantear que «**Una sociedad justa, ¿ha de perseguir el fomento de la virtud**, o debe mantenerse neutral entre concepciones contrapuestas de la virtud, de modo que los ciudadanos tengan la libertad de escoger por sí mismos la mejor manera de vivir?»⁴⁶; cuestión que podemos entender hace referencia a la separación entre el pensamiento político antiguo y el moderno.

Por otra parte, en relación a la forma de organización del conocimiento, frente al modelo interdisciplinar o multidisciplinar el *paradigma restaurativo* más bien sigue el *modelo transdisciplinar*, dado que el derecho trasciende representando así la aspiración a un conocimiento lo más completo posible, siendo capaz de dialogar con otros saberes. El físico rumano Basarab Nicolescu afirma respecto a este modelo que «todas las formas de organización de los conocimientos forman el arco del conocimiento humano, entendiendo que la transdisciplinariedad va más allá de las disciplinas, las trasciende, puesto que intenta una comprensión del mundo bajo los imperativos de la unidad del conocimiento»⁴⁷.

⁴⁵ Ernest Sosa es Doctor en Filosofía por la Universidad de Pittsburgh, en 1964 se incorporó a la Universidad de Brown, donde ejerció la docencia y la investigación hasta 2007. En la actualidad es profesor titular en la Universidad Rutgers (Estados Unidos).

⁴⁶ SANDEL, M., *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, Madrid, Debate, 2011.

⁴⁷ NICOLESCU B., *Manifiesto La Transdisciplinariedad*, (Trad. Norma Nuñez-Dentin y Gérard Dentin), París, Ed. Du Rocher, 1 de enero de 1996.

B. IMPRECISIÓN Y VARIEDAD TERMINOLÓGICA.

El estudio e investigación del concepto de *justicia restaurativa*, exige una reflexión previa acerca de la «*explicatio terminorum*», es decir, de la explicación y aclaración precisa de los términos utilizados en su denominación. Profundizar en las diferentes variedades terminológicas que se han propuesto para designar el nuevo *paradigma de justicia restaurativa*, analizando cada una de ellas, nos permitirá aclarar la confusión terminológica y conceptual existente y profundizar en su sentido originario.

En la misma denominación de este nuevo movimiento conocido como «justicia restaurativa», nos encontramos con cierta imprecisión y con diferentes variedades terminológicas, como acertadamente y siguiendo a Daniel Van Ness señala Aida Kemelmajer de Carlucci⁴⁸ en su obra «En busca de la tercera vía. La llamada Justicia Restaurativa, Reparativa, Reintegrativa o Restitutiva». Asimismo, en su obra, Aida Kemelmajer de Carlucci refiere que Dognan y Cavadino indican que **«La forma del nuevo paradigma es todavía oscura, en la teoría y en la práctica puesto que hay una gran confusión terminológica y conceptual, reflejada en la variedad de términos que se proponen: justicia positiva, pacificadora, relacional, reparativa, restauradora, comunitaria. Junto a estas denominaciones nos encontramos con los términos: mediación, justicia transicional, conciliadora, terapéutica, restaurativa y transformadora»⁴⁹.**

Al respecto destacar, que a pesar de las discrepancias terminológicas hay algo común en todas estas denominaciones puesto que se observa que van encaminadas a designar de algún modo un paradigma distinto al conocido como *justicia retributiva*.

⁴⁸ Aída Kemelmajer de Carlucci, es una jurista argentina, miembro de la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Mendoza; es Doctora en Derecho de la Universidad de Mendoza, miembro de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencia de Buenos Aires y Córdoba, Academia Argentina de Ética en Medicina y Asociación Argentina de Derecho Comparado. Es también Miembro honoraria de la Real Academia de Derecho y Legislación de Madrid. En 2016 recibió el Premio Konex de Brillante como la más destacada personalidad en Humanidades de la última década en Argentina, una de las máximas distinciones que se otorgan en dicho país en la actividad de las ciencias sociales.

⁴⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «En búsqueda de la Tercera Vía. La llamada “Justicia Restaurativa”, “Reparativa”, “Reintegrativa”, o “Restitutiva», *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo – Perrot, 2006, marzo/abril, pág. 101 – 140.

a. Justicia restaurativa, reparativa, reintegrativa o restitutiva

Algunos autores como señala Aida Kemelmajer de Carlucci en la obra anteriormente mencionada, prefieren denominar a este movimiento «justicia reparativa», «justicia restitutiva» o «justicia reintegrativa».

Profundizando en la mencionada terminología, nos encontramos con las siguientes definiciones según el Diccionario de la Real Academia Española⁵⁰:

- «Reparar» del latín «reparare», significa «enmendar, corregir o remediar», «satisfacer al ofendido», «remediar un daño».
- «Restituir» del latín «restituere» significa «volver algo a quien lo ha tenido antes», «restablecer, poner algo en el estado que antes tenía».
- «Reintegrar» significa «restituir o satisfacer íntegramente algo», «reconstruir la mermada integridad de algo».

Al respecto, cabe destacar que estos tres términos se centran en mayor medida en la satisfacción del ofendido, no contemplando en su integridad la sanación del ofensor y del entorno social del conflicto. Actualmente, estos términos son utilizados en el campo de la victimología, puesto que su finalidad es esencialmente la reparación del daño a la víctima. Por tanto, dicha terminología al centrarse únicamente en una de las partes del conflicto no expresa en su totalidad la esencia del nuevo paradigma.

Por otra parte, el término *restaurar* del latín «restaurare», significa «**volver al estado original**, recuperar o recobrar, reparar algo del deterioro que ha sufrido, renovar o volver a poner algo en el estado o estimación que antes tenía». Este término hace referencia a sanar las relaciones deterioradas por el conflicto y el entorno social del mismo, incluyendo tanto al ofendido como al ofensor y a la comunidad puesto que **su fundamento es la verdad en las relaciones humanas**. De ahí que consideremos este término más apropiado para designar el nuevo paradigma.

⁵⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed, Madrid, Ed. Real Academia Española, 2014.

b. Justicia positiva, pacificadora, relacional y comunitaria.

Hay autores que designan este nuevo movimiento con los términos de «justicia positiva», «pacificadora», «relacional» y «comunitaria».

El término «justicia positiva» hace referencia a la norma positiva regulada. Si nuestros textos legales reflejaran el nuevo paradigma, podríamos hablar de justicia positiva, puesto que comprendería la regulación en nuestro derecho sustantivo y procesal de esta nueva visión de la justicia. Consideramos que en la actualidad, desde el estudio del derecho positivo no podemos ciertamente concluir que sea una realidad la aplicación de este nuevo paradigma. Por tanto, no consideramos que este término sea el adecuado para designar el nuevo movimiento. Las investigaciones realizadas ponen de manifiesto que es posible su aplicación a nuestro derecho sustantivo y procesal, como se indica en la Segunda Parte de este trabajo de investigación dedicada a la Justicia Restaurativa Aplicada. De ahí, que en un futuro podamos hablar de *justicia positiva* si nuestros textos legales reflejaran el paradigma restaurativo.

El concepto de «justicia pacificadora» se identifica más bien con una de las funciones de la justicia. En sentido general, el término contempla la función más importante de la *justicia restaurativa* cuyo fruto es la paz individual, la paz del corazón de todos los implicados en el conflicto. De hecho, los futuros «Tribunales Restaurativos» deberían ser «Tribunales de Paz».

El término de «justicia relacional» hace referencia a una de las terapias utilizadas en el campo de la psicología, especialmente en terapia familiar.

El concepto de «justicia comunitaria» alude a una institución de derecho consuetudinario, mediante la cual se sancionan conductas que se entienden reprobables y se gestionan conflictos con capacidad regulatoria en un ámbito social comunitario, sin la intervención del Estado ni su burocracia.

c. Justicia conciliadora

Parte de la doctrina estima que la denominación acertada de este nuevo paradigma es el de «justicia conciliadora o conciliativa»⁵¹.

«Conciliar», del latín «conciliare» hace referencia a la «acción de ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí, conformar dos o más proposiciones o doctrinas contrarias»⁵².

En el nuevo paradigma, consideramos que la *conciliación* es una de las modalidades de resolución pacífica de los conflictos más importantes, dado que hace referencia a la naturaleza misma de la justicia entendida como virtud y a una de las funciones más importantes de la justicia, puesto que su labor es esencialmente conciliadora. El conciliador frente al mediador se rige por los principios de imparcialidad y justicia y decide unilateralmente un acuerdo que es aceptado por las partes. El acuerdo obtenido tras un proceso de conciliación tiene consecuencias jurídicas y su incumplimiento puede dar lugar a una demanda judicial.

Los beneficios de la conciliación para las partes implicadas en un conflicto son evidentes pero consideramos que la denominación de *justicia conciliadora* para referirnos al *paradigma restaurativo* no es conveniente puesto que se trata no sólo de conciliar sino de restaurar a las partes intervinientes en el conflicto y de prevenir conflictos futuros. En ocasiones, que dos o más personas se concilien no implica que sanen los distintos traumas que han originado el conflicto de fondo, por lo que sigue latente el conflicto y no se evitan futuros conflictos. Podríamos decir que la conciliación al ser una modalidad de resolución pacífica de los conflictos forma parte del nuevo paradigma pero no expresa realmente el mismo de forma integral.

⁵¹ PONTI G., «Riparazione dei torti e giustizia conciliativa» en *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milán, Ed. Giuffrá, 1995, pág. 3.

⁵² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed, Madrid, Ed. Real Academia Española, 2014.

d. Mediación.

El hecho de que en algunos países tienda a confundirse totalmente la *mediación* con el término de *justicia restaurativa*, hasta el punto de utilizarse la mediación para designar el nuevo paradigma **nos indica la gran confusión terminológica existente en la actualidad dadas las diferencias sustanciales entre la mediación y la restauración.**

«Mediar» significa «llegar a la mitad de algo, interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad».

La *mediación* al igual que la *conciliación* es una de las modalidades de esta nueva visión de la justicia más humana basada en la cultura de la paz y del amor. El mediador se rige por el principio de neutralidad buscando un acuerdo consensuado y aceptado por las partes. El acuerdo obtenido en un proceso de mediación no es vinculante jurídicamente para las partes, puesto que frente al incumplimiento no hay consecuencias judiciales.

El primer antecedente de justicia restaurativa en la modalidad de mediación en el ámbito penal entre víctima y agresor se sitúa en Ontario (Canadá), en 1974, denominado *Caso Elmira* y supone un conocimiento teológico y filosófico del derecho mostrando la importancia de la dimensión espiritual como base y fundamento del nuevo paradigma, dimensión que no se contempla en la mediación actualmente. Según relata Russ Kelly⁵³, «En la Corte, nos declaramos culpables de 22 cargos. Mark Yantzi, agente del Departamento de Libertad Condicional y sus compañeros del Centro Menonita de Ontario comentaron que sería buena idea que *estos muchachos tuvieran que responder cara a cara a cada una de las personas afectadas*»⁵⁴.

⁵³ Queremos expresar nuestro más sincero agradecimiento a Russ Kelly por su amabilidad y por la información que personalmente nos ha facilitado para la elaboración de este trabajo de investigación consistente en lo sucedido en Ontario en 1974 que se relata ampliamente en el Capítulo Tercero de esta Tesis Doctoral, dedicada a profundizar en el cristianismo como fuente principal de este nuevo paradigma.

⁵⁴ Traducción de la autora de la información facilitada personalmente por Russ Kelly para la elaboración de esta Tesis Doctoral.

Del relato de Russ Kelly, se desprende que la novedad surge gracias al impulso de grupos religiosos comprometidos con la paz y la no violencia, especialmente los menonitas, puesto que Mark Yantzi y sus compañeros pertenecientes al Centro Menonita de Kitchener, fueron los que elevaron la propuesta al Juez Gord McConnell⁵⁵, considerando que los jóvenes más que castigo necesitaban asumir sus responsabilidades y pedir perdón a sus víctimas y que podía existir algún valor terapéutico en que los jóvenes respondieran personalmente a las víctimas de sus numerosas transgresiones.

Las investigaciones realizadas en esta Tesis Doctoral, evidencian que el conocimiento teológico y filosófico del Derecho es el fundamento de este nuevo paradigma de *justicia restaurativa*. Siendo así, quizá deberíamos reflexionar acerca del espíritu de las leyes y de la regulación existente en torno a la mediación tanto a nivel estatal como a nivel internacional y la implementación de proyectos y programas en torno a esta figura, dado que en muchas ocasiones parece que no hay referencia alguna a la dimensión espiritual como base de la mediación pareciendo centrarse la regulación de la mediación en la búsqueda de un acuerdo consensuado y aceptado por las partes, hecho que no conlleva la sanación y la restauración de las partes intervinientes en el conflicto y que no sana totalmente el conflicto en su origen ni el entorno social del mismo.

El hecho de designar el nuevo paradigma únicamente como *mediación* puede desvirtuar claramente la esencia del mismo puesto que más que la búsqueda de acuerdos consensuados entre las partes intervinientes en el conflicto, entendiendo *la justicia como virtud*, se centra en la sanación y la restauración de las mismas a través de un proceso cuya fase previa, procesal y de ejecución se distingue sustancialmente del proceso de mediación, en su naturaleza, objeto, finalidades y consecuencias jurídicas. Por tanto, al igual que sucede con la denominación de «justicia conciliadora», la denominación de «mediación» para designar el nuevo movimiento consideramos que no es totalmente acertada, al no contemplar la dimensión teológica y filosófica del derecho y no reflejar la visión trascendente de este nuevo paradigma, considerando que es una de las herramientas de este nuevo paradigma pero que no define en su totalidad al mismo.

⁵⁵ El Juez Gord McConnell trabaja en el Consejo de Administración de Iniciativas de Justicia Comunitaria en Kitchener. Marcos Yantzi era un oficial de libertad condicional y ahora es el Director Ejecutivo de la CJI.

e. Justicia transformadora

Por otro lado, nos encontramos con autores que prefieren la denominación de «justicia transformadora». El término «transformar» del latín «transformare», significa, «hacer cambiar de forma a alguien o algo, transmutar algo en otra cosa»⁵⁶. Este término ciertamente hace referencia a uno de los resultados del proceso de restauración en el que observamos la transformación de los sentimientos de negativos a positivos.

La finalidad de la resolución de un conflicto no solo debe de tener como objetivo resolver el conflicto con relevancia jurídica existente entre las partes, sino que debe tener como objetivo que las relaciones intrapersonales se restablezcan en la misma dinámica en la cual se encontraban hasta que se les presentó el conflicto.

Consideramos que el término «justicia transformadora» tiene unas connotaciones muy genéricas para designar el nuevo paradigma y que no refleja claramente la visión trascendente de la nueva visión de la justicia.

f. Justicia transicional.

Evidentemente, desde una perspectiva semántica, los términos «transicional» y «restaurativa» son distintos. La «justicia transicional» se asocia con períodos de cambio político, y se define como aquella que tiene lugar «luego de la transición de un régimen político a otro»⁵⁷. Por tanto, se diferencia de los postulados del nuevo paradigma basado en la justicia como virtud y en la restauración de las relaciones deterioradas por el conflicto originado.

⁵⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario...op.cit.*

⁵⁷ FERNÁNDEZ, E., *¿Estados fallidos o Estados en crisis?*, Granada, Ed. Comares. 2009, pág. 161. D.^ª Encarnación Fernández Ruíz- Gálvez es Doctora en Derecho y Catedrática de Filosofía del Derecho y Filosofía política en la Universidad de Valencia, Directora del Máster Oficial en “Derechos humanos, paz y desarrollo sostenible”; miembro titular de la Comisión Académica del Programa de Doctorado en Sostenibilidad y Paz en la era Posglobal; autora de numerosas publicaciones sobre temas de su especialidad. Destacan las monografías: *Igualdad y Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003; *¿Estados fallidos o Estados en crisis?*, Comares, Granada, 2009; y *De Vitoria a Libia: Reflexiones en torno a la responsabilidad de proteger*, Comares, Granada, 2013. Ha dirigido siete tesis doctorales que han obtenido todas ellas la máxima calificación.

g. Justicia terapéutica

La «justicia terapéutica» según el profesor Wexler⁵⁸ es el «estudio del rol de la ley como agente terapéutico». La justicia terapéutica se centra en el impacto de la ley, en el espectro emocional y en el bienestar psicológico de las personas, está más orientada a la rehabilitación en el ámbito de las drogas formando parte del movimiento de Justicia Restaurativa. Un claro ejemplo de la justicia terapéutica son los Juzgados de Tratamiento de Drogas, fundados en Miami, creados a partir de la toma de conciencia de que las condenas por posesión de drogas (sin que mediara acto de violencia) no consigue efecto alguno si no se realiza una terapia que acabe con la adicción⁵⁹.

Por otra parte, el término «justicia restaurativa» surge del término «restaurar», que significa «restablecer algo a su origen», por lo tiene un carácter más universal.

Ciertamente, nuestras leyes deberían asumir un rol de agente terapéutico en beneficio de los ciudadanos y de la paz social y los Tribunales de Justicia deberían evolucionar hacia lo que podíamos denominar «Tribunales Restaurativos» y «Tribunales Terapéuticos».

Considero que en el nuevo *paradigma restaurativo* los profesionales de la medicina tienen mucho que decir y que es aconsejable que en la formación de expertos y técnicos restaurativos se incluyan conocimientos médicos puesto que hablamos de un derecho más sanador y de una legislación terapéutica.

⁵⁸ David Wexler es profesor de Derecho en la Universidad de Arizona. También, es profesor de derecho y director de la Red Internacional de Justicia Terapéutica en la Universidad de Puerto Rico.

⁵⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, E., VEGAS AGUILAR, J.C., *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género*, Valencia, Ed. Tirant, 2012, pág. 252.

h. Irenología

Etimológicamente la palabra *irenología* proviene de la palabra griega *eiréne* que significa «paz» y *logos* que significa «razonamiento». También recibe la denominación de «estudios de la paz» o «estudios de la paz y de los conflictos», en inglés, *peace studies* o *peace and conflict studies*, constituyéndose como una disciplina académica dentro de las ciencias políticas y de la sociología, que se ocupa del estudio multifactorial de los conflictos internacionales y las amenazas a la paz; es por tanto, una rama del estudio de las relaciones internacionales.

El término *irenología* aparece al traducir la expresión *peace research* en un breve trabajo de Johan Galtung titulado *Contribución específica de la irenología al estudio de la violencia: tipologías*⁶⁰. El sociólogo y matemático noruego Johan Galtung⁶¹, profesor de la *Cátedra Conflict and peace research* de la Universidad de Oslo, considerado el fundador de la disciplina, en su obra *Los fundamentos de los estudios sobre la paz* afirma que «La paz es la ausencia de violencia de todo tipo; la lucha por la paz es la lucha pacífica por reducir la violencia; los estudios sobre la paz son la exploración científica de las condiciones pacíficas para reducir la violencia»⁶². Al desarrollo de la *irenología* han contribuido también Kenneth Boulding⁶³, Gene Sharp⁶⁴ y Alva Myrdal⁶⁵ (premio Nobel de la Paz en 1982).

⁶⁰ DOMENACH, J.M., LABORIT, H. y otros, *La violencia y sus causas*, París, 1981, pp. 91-106. A algunos de estos temas se refiere Julio AROSTEGUI en «Violencia, sociedad y política: la definición de la violencia», en AROSTEGUI, J. (Edit.), *Violencia y política en España*, Madrid, 1994, pp. 17-55.

⁶¹ Johan Galtung (24 de octubre de 1930 en Oslo) es considerado uno de los fundadores de la investigación sobre la paz y los conflictos sociales. En 1960, Johan Galtung fundó el Instituto Internacional de Investigación para la Paz en Oslo.

⁶² GALTUNG, J., «Los fundamentos de los estudios sobre la paz», en RUBIO, A. (Edit.), *Presupuestos teóricos y éticos sobre la paz*. Granada, 1998, pp. 15-45, en concreto pág. 15.

⁶³ Kenneth Ewart Boulding (Liverpool, Inglaterra, 18 de enero de 1910 - 18 de marzo de 1993, Boulder, Colorado) fue un conocido economista, nombrado Presidente de la American Economic Association y de la American Association for the Advancement of Sciences.

⁶⁴ Gene Sharp (nacido el 21 de enero de 1928) es un filósofo, político, profesor y escritor estadounidense conocido por su extensa obra en defensa de la no violencia como lucha contra el poder.

⁶⁵ Alva Myrdal Relmer (31 de enero de 1902 - 1 de febrero de 1986) fue una diplomática sueca galardonada con el Premio Nobel de la Paz en 1982 junto con el mexicano Alfonso García Robles. Alva Myrdal fundó el Instituto Internacional de Investigación para la Paz en Estocolmo.

La *irenología* tiene como postulado base que las guerras son un instrumento violento para resolver conflictos, que pueden ser resueltos de modo distinto y que evitarlas es un imperativo ético. La *irenología* concibe la paz no sólo como la ausencia de guerra, sino como un concepto positivo que incluye la justicia, el desarrollo económico y social equilibrado y el conocimiento y respeto mutuo entre las naciones; así como todos los demás factores que contribuyan a la desaparición de la violencia estructural.

El propósito de la *irenología* es la comprensión de los orígenes de los conflictos armados a fin de mitigar, prevenir o resolver dichos conflictos. La *irenología*⁶⁶ es una disciplina filosófica y por tanto podemos decir que forma parte del *paradigma restaurativo* en el marco de las relaciones internacionales.

Las Ciencias de la Paz, no se oponen, sino que se complementan con la *polemología*, cuyo objeto de estudio son los conflictos armados en sí.

La *polemología* es la antigua denominación que se ofrecía a la ciencia que estudiaba las guerras. Este concepto proviene del término griego *pólemos* que significa guerra contra extranjeros. Además los griegos tenían la palabra *stasis* para indicar la guerra entre los propios griegos que era más dolorosa, término que haría mención a lo que conocemos como guerra civil⁶⁷.

Ambas, la *irenología* y la *polemología* comparten como objeto de estudio los *po-lemógenos* o fenómenos o situaciones conflictuales, y forman parte de los estudios estratégicos o *strategic studies* perteneciendo éstos al campo de estudio genérico de las relaciones internacionales.

⁶⁶ El origen de la irenología lo encontramos en Jan Bloch, pacifista y polaco financiero que escribe *La guerra del futuro* en 1895.

⁶⁷ PARIS ALBERT, S., Tesis Doctoral *La transformación de los conflictos desde una filosofía de la paz*, Universidad Jaume I de Castellón, 2005, pág. 19.

i. Conflictología

Se denomina «conflictología» a la ciencia del conflicto, es decir, al compendio de conocimientos y habilidades para comprender e intervenir en la resolución pacífica y no violenta de los conflictos sociales. Según el profesor Eduard Vinyamata Camp⁶⁸ la conflictología «es una ciencia pluridisciplinaria y transversal a todas las profesiones, una a-disciplina que las contiene todas, incluso aportaciones de la medicina, la matemática o la biología»⁶⁹.

La «conflictología» es una a-disciplina según Burton cuyo objeto es la *resolución de conflictos* y la *transformación de los mismos*, basada en la aplicación de la Teoría del Caos que surge en las matemáticas y se extiende a la física aplicándose más tarde al campo de las Ciencias Humanas y Sociales⁷⁰. La *conflictología* se denomina a-disciplina puesto que requiere la colaboración de varias disciplinas dada la complejidad en la cual se enmarcan la mayoría de los conflictos, como son la sociología, la psicología y la antropología. Se trata de resolver el conflicto y eliminarlo a diferencia de otras figuras de resolución de conflictos como la mediación, la negociación o el arbitraje en las que se busca un equilibrio entre las partes y donde el origen sigue latente.

La Teoría del Caos nos aporta un cambio filosófico en el tratamiento o método científico; nos lleva a estudiar el comportamiento de los sistemas de forma holística, integradora, evitando que una visión parcial sea considerada suficiente para explicar el comportamiento de los sistemas, sin considerar las múltiples interacciones con el entorno; nos obliga a ampliar el campo de observación, considerando las aportaciones de otras disciplinas y nuevas explicaciones alternativas.

⁶⁸ Eduard Vinyamata Camp es Doctor en Ciencias Sociales y profesor de conflictología. Es también Director del CREC-IN3 (Centro de Investigaciones en Conflictología), de la Escuela de Cooperación, de la *Revista Científica Journal of Conflictology* y del Campus por la Paz de la Universitat Oberta de Catalunya.

⁶⁹ VINYAMATA CAMP, E., *Manual de prevención y resolución de conflictos. Conciliación, mediación, negociación*, Barcelona, Ed. Ariel, 1999.

⁷⁰ SANTISTEBAN, R., *Utilidad y aplicación de la Conflictología*.

Al respecto, cabe destacar que el hecho de que de forma aislada, determinados efectos no puedan predecirse por la razón humana, no implica que el Universo necesariamente sea caótico, sino que como seres humanos no somos los artífices de la existencia de éste, más bien una de sus consecuencias de la que formamos parte. El efecto mariposa no demuestra el caos, sino precisamente, que los hechos aislados forman parte de un todo eficiente, inteligente y armónico del que formamos parte y en el que podemos intervenir una vez que conocemos las reglas del juego. Y, para conocer esas reglas, primero debemos asumir con humildad que no somos el centro del Universo, sino más bien una de sus múltiples e innumerables consecuencias.

El *paradigma de la teoría del caos* se basa en el *efecto mariposa*: *El efecto mariposa* es un concepto que hace referencia a la noción de sensibilidad a las condiciones iniciales. La idea es que, dadas unas condiciones iniciales de un determinado sistema caótico, la más mínima variación en ellas puede provocar que el sistema evolucione en formas completamente diferentes. Sucediendo así que, una pequeña perturbación inicial, mediante un proceso de amplificación, podrá generar un efecto considerablemente grande. El problema de esta teoría del caos reside en el argumento de partida: *Dadas unas condiciones iniciales de un determinado sistema caótico*. El hecho de la negación *a priori* del concepto de *orden* implica la visión parcial de un concepto de caos dentro de un orden mucho más amplio que el caos que se estudia. Estamos presumiendo sin base alguna que un sistema es caótico, sacándolo del contexto en el que se desenvuelve. Considerando esta premisa falsa, el resto del razonamiento nos llevaría a conclusiones también falsas. Frente a esto, podemos ver como la transmultiversalidad y transdisciplinariedad científica, prueba, **que no estamos ante un sistema caótico sino ante un modelo tan increíblemente perfecto que escapa a nuestra comprensión racional**. Al respecto, S.S. El Papa Francisco ha manifestado que la evolución de la naturaleza no se contradice con la noción de Creación, porque la evolución presupone la creación de los seres que evolucionan. Así, ha destacado que **el principio del mundo no es obra del caos, sino que deriva directamente de un poder supremo creador del amor**. Así, el **paradigma restaurativo está basado en la teoría del orden y no del caos**.

En relación al conflicto existe la creencia de que el mismo es inherente al ser humano o a las sociedades, pero no es exactamente así, dado que lo que sí es inherente al ser humano es un conjunto de necesidades básicas. Todo ser vivo debe de satisfacer sus necesidades fisiológicas para mantenerse vivo, desarrollar el instinto de supervivencia, que fundamentalmente consistirá en disponer de la capacidad necesaria en cada circunstancia para poder satisfacer las necesidades que sustentan la vida. El proceso fisiológico asociado a la agresividad, se activa desde un proceso psíquico, el miedo. Es por tanto el miedo a no satisfacer una necesidad, el desencadenante de la agresividad y la violencia en contra de los demás.

La evolución del ser humano y de las sociedades, ha transformado las más básicas cadenas de necesidad, miedo y reacción, para generar complejos procesos, que nada tiene que ver con los más básicos asociados al mantenimiento de la vida. Por tanto, nos encontraremos con que las personas o grupos sociales, desarrollarán sentimientos de necesidad, y de miedo que desembocarán en muchos casos en la agresión y la violencia. Además, es muy importante que tengamos en cuenta *los efectos del miedo*⁷¹, ya que no sólo predispone para la reacción, sino que además, afecta de forma negativa a la capacidad de racionalizar.

En conclusión, nos encontraremos ante un conflicto cuando una persona siente amenazado algo que considera necesario y reacciona de forma agresiva o violenta. El conflicto lo podemos encontrar en las situaciones más cotidianas y habituales y en el caso de conflictos de mayor alcance, entre grupos sociales, dentro de una ciudad, de un país o en las relaciones internacionales. Es decir, en cualquier ámbito de la vida cotidiana de cualquier persona, podemos encontrarnos en una situación de conflicto, en la cual, la capacidad de gestionar el conflicto, que nos aporta los estudios de resolución de conflictos (conflictología), pueden resultar de gran utilidad.

⁷¹ El miedo activa los procesos más básicos de reacción, anulando la capacidad de análisis sereno y de razonar sobre las posibles soluciones al problema o conflicto, que representa la posible amenaza.

En conclusión, el *conflicto* no es inherente al ser humano, pero de forma indirecta está asociado a su ser, a su actividad y sobre todo a su relación social, con el resto de seres humanos, de forma individual o en grupo. En función de la cantidad de personas implicadas, determinaremos el *alcance del conflicto*⁷², y en función del entorno donde se desarrolla, determinaremos el *tipo de conflicto*. Los conflictos pueden tener causas muy diversas y pueden ser de pareja, familiares, vecinales, culturales, políticos, religiosos, escolares, laborales, organizativos, etc....⁷³.

⁷² En cuanto al alcance, podemos observar conflictos personales, generalmente asociados a cambios o crisis emocionales mal gestionadas; y en el caso extremo, hablaríamos de conflictos sociales, culturales o incluso internacionales.

⁷³ FISAS ARMENGOL, V., *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Barcelona, 1998.

C. DEFINICIÓN DEL PARADIGMA DE JUSTICIA RESTAURATIVA

En relación a la definición del nuevo paradigma, nos encontramos con la definición de Naciones Unidas haciendo referencia a que constituye «una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social, a través de la sanación de víctimas, ofensores y comunidades».

La regulación en el marco jurídico internacional en torno a la justicia restaurativa, en concreto, la Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas por la que se adoptan *Los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el uso de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de 2002*, nos permite una aproximación al concepto de justicia restaurativa al definir ciertos conceptos como veremos a continuación pero no nos proporciona un concepto ni una definición de la misma:

- «1. Por *programa de justicia restaurativa* se entiende todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos.
2. Por *proceso restaurativo* se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas.
3. Por *resultado restaurativo* se entiende un acuerdo logrado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente»⁷⁴.

⁷⁴ U.N.O.D.C. (Office on Drugs and Crime. United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], «Anexo II. Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Utilización de los Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de las Naciones Unidas de 2002», *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006, pág. 99 y ss.

La *justicia restaurativa* es «una teoría, a la vez que un movimiento social de carácter internacional de reforma a la justicia penal, que plantea que el crimen o delito es fundamentalmente un daño en contra de una persona concreta y de las relaciones interpersonales, a diferencia de la justicia penal convencional de carácter retributiva, que plantea que el delito es una lesión de una norma jurídica, en donde la víctima principal es el Estado»⁷⁵.

Una definición generalmente aceptada de *justicia restaurativa* es aquella proporcionada por Tony Marshall: «La justicia restaurativa es un proceso a través del cual las partes o personas que se han visto involucradas y/o que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro»⁷⁶.

La *justicia restaurativa* se puede definir como «La filosofía acerca de cómo enfocar la propia justicia y el derecho penal, que se centra en dar el protagonismo a los afectados de forma directa e indirecta por el delito y que busca que todos los afectados por el delito (víctima, delincuente y Estado) lleguen a un consenso en relación a la pena a aplicar»⁷⁷.

Frente a la concepción de la *justicia retributiva* que entiende el crimen como una transgresión de la norma y otorga el papel al gobierno y al delincuente, la *restaurativa* reconoce que el crimen daña a las víctimas, delincuentes y a la comunidad e incluye en el proceso a la víctima y a la comunidad.

Las investigaciones realizadas en la presente Tesis Doctoral nos permiten afirmar que si bien la mayoría de la doctrina entiende el término de *justicia restaurativa* circunscrito al ámbito penal y penitenciario, lo cierto es que al tratarse de una forma distinta de abordar el conflicto, mucho más humano es aplicable a todas las jurisdicciones de la administración de justicia siendo quizá más evidente sus beneficios en el ámbito

⁷⁵ BLANCO R., DIAZ A., HESKIA J., ROJAS H., *Justicia Restaurativa: Marco Teórico, Experiencias Comparadas y Propuestas de Política Pública*, Colección de Investigaciones Jurídicas, Vol. 6, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2004.

⁷⁶ MARSHALL, T., *Restorative Justice. An Overview*, Home Office, 1999.

⁷⁷ VAN NESS, D., Strong, Karen Heetderks, *Restoring Justice*. Anderson Publishing, Cincinnati, 1997.

de la jurisdicción penal. Más aún, su aplicación tan pronto como pueda ser posible en un conflicto concreto evita que el mismo termine en el ámbito de la administración de justicia, siendo muy beneficioso para los ciudadanos y para la sociedad en general.

El estudio e investigación realizados en torno a este nuevo paradigma nos han permitido elaborar una definición del concepto de *justicia restaurativa*⁷⁸ como **«una teoría de la justicia, basada en el amor y la verdad, que entendiendo la justicia como virtud cardinal, tiene como objeto el derecho restaurativo y como finalidad la paz individual y social.»**

La *justicia restaurativa* busca la *verdad de las relaciones humanas* y concibe el orden jurídico como un sistema de resolución de conflictos, restaurando las relaciones de todas las partes intervinientes en el conflicto, resolviendo pacíficamente el origen del conflicto, de cualquier clase que sea.

A continuación profundizaremos en los elementos del concepto de *justicia restaurativa* siendo éstos relevantes para comprender realmente la definición del nuevo paradigma y analizaremos la naturaleza y fines de esta nueva visión de la justicia, más humana basada en el amor y la verdad.

⁷⁸ GARCÍA GUMBAU, E., *Fuentes de la Justicia Restaurativa*, Trabajo de investigación realizado en el Máster de Derechos Humanos, Paz y Desarrollo de la Universidad de Valencia. Director: Jesús Ballesteros Llompart.

D. LOS ELEMENTOS DEL CONCEPTO

Profundizando en la aclaración precisa de los términos utilizados para la denominación del concepto de *justicia restaurativa*, nos encontramos con diferentes elementos que contribuyen a elaborar su definición, como son especialmente el elemento de la justicia entendida como virtud cardinal y la restauración.

a. La justicia como virtud cardinal

1. El concepto de justicia.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, *justicia* término heredero directo del griego «dikaiosyne»⁷⁹, del latín «iustitia», se define como: «1. Una de las cuatro virtudes cardinales, que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece y 2. Derecho, razón, equidad»⁸⁰.

Como señala Tomás de Aquino «las virtudes son acciones que nos dirigen hacia Dios, modos de comportamiento que se centran en la bondad, que reconstruye y redime la vida»⁸¹. Así pues, podemos entender que la justicia es la «virtud moral que consiste en la constante y firme voluntad de dar a Dios y al prójimo lo que les es debido»⁸². **La justicia en un sentido general, como nos dice Santo Tomás de Aquino es la «virtud por la cual una persona dirige sus acciones hacia el bien común»⁸³.**

⁷⁹ Platón, Dikaiosyne (justicia) en *La República*: «que cada individuo debe actuar en los asuntos de la ciudad tan bien como sea capaz de hacerlo». Esta definición de la justicia (dikaiosyne), es sostenida por Platón como la virtud más alta y es su pilar central en su concepto utópico de ordenar las clases sociales y políticas del estado ideal.

⁸⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. 23ª Ed. R.A.E. Madrid. 2014.

⁸¹ WADEL, P., *La primacía del amor; una introducción a la Ética de Tomás de Aquino*, Madrid, Ed. Palabra, pág. 188.

⁸² http://www.vatican.va/archive/catechism_lt/index_lt.htm Texto oficial en latín 1997, *Catecismo de la Iglesia Católica*, Tercera Parte *La vida en Cristo*, Primera Sección *La Vocación del hombre*, Capítulo Primero *La dignidad de la persona humana*, Artículo 7 *Las Virtudes*, 1807.

⁸³ WADEL, P., *La primacía del amor; ...op. cit.*, pág. 220.

2. Las dimensiones de la justicia

Doctrinalmente, se argumenta que el término «justicia» se puede entender en diferentes sentidos: jurídico, institucional y ético. Lo cierto, es que el punto de partida, es la **definición de «justicia» como «virtud cardinal»** que nos ofrece la Real Academia Española y su proyección en el plano jurídico e institucional. De hecho, en la propia definición se hace referencia a que es una de las cuatro virtudes cardinales.

Santo Tomas de Aquino, en su obra la *Summa Theologiae*, nos señala que «si queremos progresar en la vida moral debemos ser prudentes, justos, moderados y valientes, virtudes imprescindibles para navegar con éxito en los retos de la vida moral»⁸⁴. El Aquinate «las denomina cardinales porque las demás, con excepción de las teologales (fe, esperanza y caridad), de algún modo derivan de ellas y las manifiestan»⁸⁵. Por tanto, **las cuatro virtudes cardinales: prudencia, justicia, templanza y fortaleza, son el eje de la vida moral.**

El sentido ético de este término es el que nos permite afirmar que la justicia es la «virtud moral que consiste en la constante y firme voluntad de dar a Dios y al prójimo lo que les es debido»⁸⁶ siendo como dice Santo Tomás de Aquino, la «virtud por la cual una persona dirige sus acciones hacia el bien común». En sentido ético, la justicia establece una diferencia entre lo legal y lo legítimo, entre las leyes que rigen una sociedad y las razones por las cuales consideramos que estas leyes son o no realmente justas. En ocasiones, se dice que «hay leyes injustas» aunque éstas han sido correctamente promulgadas, por tanto el **criterio de justicia no debe circunscribirse al ámbito legal porque su esencia se encuentra más allá de la norma.** Este hecho marca la diferencia entre el iusnaturalismo y el positivismo y nos conduce a la *virtud de la justicia*, la esencia de la justicia restaurativa.

⁸⁴ WADEL, P., *La primacía del amor*; ...op. cit., pág. 220.

⁸⁵ Ibídem, pág. 220.

⁸⁶ Texto oficial en latín 1997, *Catecismo de la Iglesia Católica*, Tercera Parte *La vida en Cristo*, Primera Sección *La Vocación del hombre*, Capítulo Primero *La dignidad de la persona humana*, Artículo 7 *Las Virtudes*, 1807, http://www.vatican.va/archive/catechism_lt/index_lt.htm.

En sentido jurídico, «justicia» hace referencia a la finalidad del derecho, a la concordancia de una ley o de un acto concreto con el sistema legal al que pertenece. Podemos decir que designa un cierto ideal colectivo que se intenta asegurar mediante el ordenamiento jurídico. La norma es todo precepto general que sirve para organizar una comunidad y puede ser impuesto por el poder coactivo de aquella. Así pues el ordenamiento jurídico, es el conjunto de normas que sirven para organizar la convivencia en una comunidad. La proyección del término «justicia» en el plano jurídico, ha supuesto su inclusión en los textos legales, si bien apreciándose que no se utiliza el término «virtud» sino que se trata a la justicia como un «valor superior del ordenamiento jurídico».

En sentido jurídico y en el marco de nuestro ordenamiento, el término «justicia» de conformidad con el Art. 10.2⁸⁷ y 96.1⁸⁸ de la Constitución Española de 1978, lo encontramos en diferentes Tratados Internacionales.

En nuestro Texto Fundamental, la Constitución Española de 1978 (*BOE* de 29 de diciembre de 1978)⁸⁹, nos encontramos el término «justicia» en el Preámbulo y en los artículos. 1, 31, 131 y 117. En nuestro ordenamiento jurídico podemos observar como se trata como un *valor superior* derivado de la redacción del artículo 1 del Texto Constitucional que establece que «España se constituye como un Estado Social y Democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político»⁹⁰.

⁸⁷ El artículo 10.2 de la Constitución Española establece que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

⁸⁸ El artículo. 96.1 de la Constitución Española establece que «Los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional».

⁸⁹ Aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978. Sancionada por S.M. El Rey ante las Cortes el 27 de diciembre de 1978; entró en vigor el día de su publicación. Reformada en su artículo 13.2, el 27 de agosto de 1992 (*BOE* de 28 de agosto de 1992).

⁹⁰ *Constitución Española de 1978*, (20ª Ed.), Ed. Tecnos, 2015.

Los valores superiores del ordenamiento jurídico deben guiar la actividad de los poderes públicos en la praxis. Nuestro Tribunal Constitucional⁹¹ se ha referido a la Constitución como orden de valores (S.S.T.C. 25/1981⁹², 8/1983⁹³ y 35/1987⁹⁴, entre otras), y a la consecuencia inmediata de que su interpretación tenga un carácter teleológico, destinado a garantizar esos valores (S.S.T.C. 18/1981⁹⁵, 32/1985⁹⁶, 19/1988⁹⁷).

Los valores superiores como parámetro interpretativo no pueden, sin embargo, constituir un medio para dejar de aplicar otros preceptos constitucionales (S.T.C. 20/1987⁹⁸), ni por lo común constituyen un canon interpretativo autónomo sino complementario (S.T.C. 181/2000⁹⁹), ni implican por si solos derechos susceptibles de amparo constitucional (S.T.C. 120/1990).

La justicia es «uno de los principios cardinales de nuestro Estado de Derecho» (S.T.C. 105/1994¹⁰⁰), en dicho valor superior debe entenderse incluido el reproche de arbitrariedad (S.T.C. 65/1990¹⁰¹), pero no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo que permita sacrificar otra norma constitucional en aras de una *justicia material* (S.T.C. 20/1987), «ni que pueda identificarse unilateralmente con particulares modos de entender lo justo» (S.T.C. 181/2000).

⁹¹ Ver Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional.

⁹² S.T.C. de 14 de julio de 1981 (Pleno) Recurso de inconstitucionalidad núm. 25/1981 (RI-4) Ponente: Magistrado D. Antonio Truyol Serra (B.O.E. de 13 de agosto de 1981).

⁹³ S.T.C. 8/1983, de 18 de febrero (Sala Segunda) Recurso de Amparo núm. 240/1982 (RA-92) Ponente: Magistrado D. Jerónimo Arozamena Sierra (B.O.E. de 23 de marzo de 1983).

⁹⁴ S.T.C. 35/1987 de 18 de marzo (Sala 1ª) Recurso de amparo núm. 27/1986 (RA-584) Ponente: Magistrado D. Eugenio Díaz Eimil (B.O.E. de 14 de abril de 1987).

⁹⁵ S.T.C. de 8 de junio de 1981 (Sala Primera) Recurso de amparo núm. 101/1980 (RA-13) Ponente: Magistrado D. Rafael Gómez – Ferrer Morant (B.O.E. de 16 de junio de 1981).

⁹⁶ S.T.C. 32/1985, de 6 de marzo (Sala 2ª) Recurso de amparo núm. 573/1983 (RA-302) Ponente: Magistrado D. Francisco Rubio Llorente (B.O.E. de 27 de marzo de 1985).

⁹⁷ S.T.C. 19/1988, de 16 de febrero (Pleno) Cuestión de inconstitucionalidad núm. 593/1987 (CI-56) Ponente: Magistrado D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León (B.O.E. de 1 de marzo de 1988).

⁹⁸ S.T.C. 20/1987, de 19 de febrero (Sala 1ª) Recurso de amparo núm. 1092/1985 (RA-571) Ponente: Magistrado D. Francisco Tomás y Valiente (B.O.E. de 4 de marzo de 1987).

⁹⁹ S.T.C. 181/2000, de 29 de junio (Pleno) Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 3536/1996, 47/1997, 1115/1997, 2823/1997, 3249/1997, 3297/1997, 3556/1997, 3949/1997, 5175/1997 y 402/1998. Ponente: Magistrado D. Pablo García Manzano (B.O.E. de 28 de julio de 2000).

¹⁰⁰ S.T.C. 105/1994, de 11 de abril (Sala 1ª) Recurso de amparo núm. 2623/1991 Ponente: Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende (B.O.E. de 17 de mayo de 1994).

¹⁰¹ S.T.C. 65/1990, de 5 de abril (Pleno) Cuestión de inconstitucionalidad núm. 1166/1986 Ponente: Magistrado D. Álvaro Rodríguez Bereijo (B.O.E. de 7 de mayo de 1990).

La virtud de la justicia en el plano jurídico respondiendo a la esencia del nuevo paradigma se debería materializar en normas restaurativas: normas que facilitan el diálogo y la comunicación, la sanación del conflicto, el perdón entre las diferentes partes afectadas por el mismo. En general, normas en cuya redacción prevalezca el amor al prójimo para así contribuir a la sanación del tejido social y construir poco a poco la civilización del amor.

En la *Segunda Parte* de esta Tesis Doctoral dedicada a la *Justicia Restaurativa Aplicada*¹⁰² profundizaremos en la regulación de la justicia en el marco del derecho internacional, comunitario y estatal y en la posibilidad de la regulación del nuevo paradigma de justicia restaurativa, realizándose un estudio de derecho comparado al respecto.

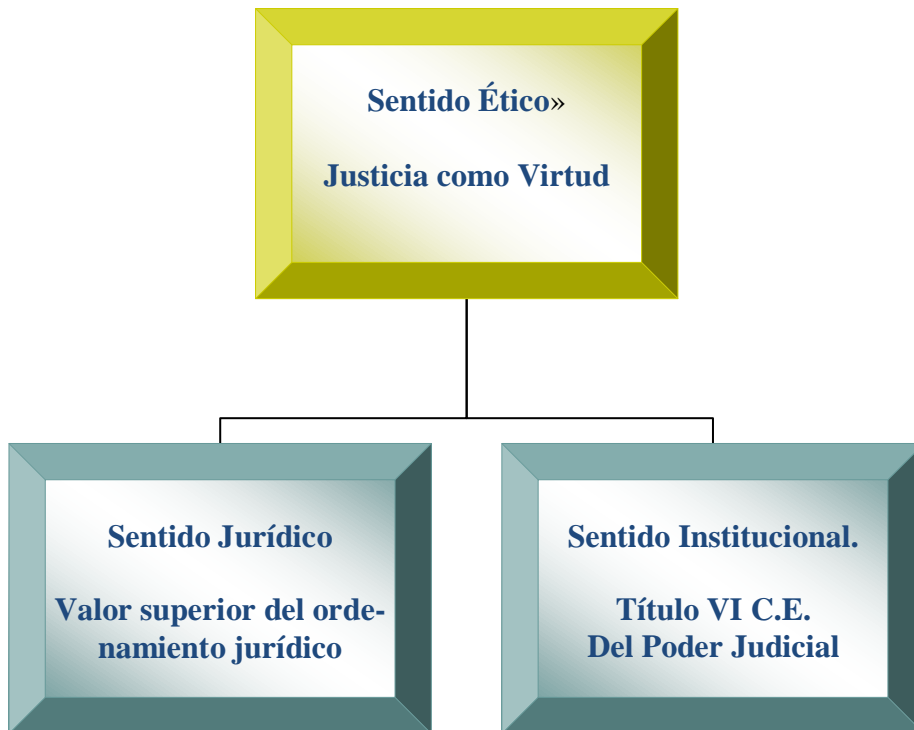
En sentido institucional, el término «justicia» comprende el conjunto de instituciones encargadas de administrar justicia, es decir, el Poder Judicial, regulado en el Título VI de nuestro Texto Fundamental, la Constitución Española de 1978 (C.E.), concretamente en los artículos 117¹⁰³ a 127 desarrollados en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio; rectificación BOE núm. 264, de 4 de noviembre), modificada por las Leyes Orgánicas 19/1993, 20/2003 y 2/2004.

¹⁰² La *Segunda Parte* de esta Tesis Doctoral denominada *Justicia Restaurativa Aplicada* está compuesta por el Capítulo VI dedicado al *Marco Jurídico Internacional de la Justicia Restaurativa*; el Capítulo VII dedicado al *Marco Jurídico Comunitario de la Justicia Restaurativa*; el Capítulo VIII *Estudio de Derecho Comparado*; y el Capítulo IX dedicado a la Justicia Restaurativa en el ordenamiento jurídico español.

¹⁰³ El Artículo 117 de nuestro Texto Constitucional nos dice:

1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.
2. Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.
3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.
4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho.
5. El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.
6. Se prohíben los Tribunales de excepción.

Esquema n.º 2: Las dimensiones de la Justicia



b. La restauración

1. El concepto de restaurar

Etimológicamente el término «restaurar» viene del latín «restaurare», que significa «volver al estado original, recuperar o recobrar, reparar algo del deterioro que ha sufrido, renovar o volver a poner algo en el estado o estimación que antes tenía»¹⁰⁴. En consecuencia *restaurativo* hace referencia al que «restaura o tiene virtud de restaurar». En el idioma hebreo «restaurar» significa «shalam» y conlleva la acción y efecto de restaurar, terminar, completar. La raíz hebrea denota perfección, en el sentido de que está completa una condición o acción¹⁰⁵. La palabra griega para «restauración» es «apokathistamai». Literalmente significa «**regresar algo a su estado original**». Su significado completo es «completar, terminar, refrescar, colocar de nuevo, poner de nuevo en existencia o usar lo que se había perdido».

El concepto conocido de *justicia restaurativa* es la traducción del término inglés *restorative justice*. *Restorative* es un adjetivo que surge del verbo *restore*, que significa devolver algo a su estado original, restaurar, restablecer algo mientras que *repair* o *redress* hace referencia a reparar un daño material¹⁰⁶. Ello difiere de la justicia *reparadora*, así la reparadora puede formar parte de la restaurativa, no a la inversa. La finalidad de la resolución de un conflicto no solo debe de tener como objetivo resolver el conflicto con relevancia jurídica existente entre las partes, sino que debe tener como objetivo que las relaciones intrapersonales deben de restablecerse en la misma dinámica en la cual se encontraban antes del conflicto. El calificativo de *restaurativa* o *restauradora* incluye la participación de la comunidad. De ahí que los términos *restorative justice* en inglés y *justice restorative* en Francés, han sido promovidos en el Congreso Internacional de Criminología de Budapest en 1993 y han sido impulsados en las Conferencias Internacionales de Australia, Holanda y Canadá.

¹⁰⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario...* op. cit.

¹⁰⁵ Nehemías, 6:15, Cuando hubieron bastantes materiales y obreros la muralla (de Jerusalén) fue terminada en *La Biblia de Nuestro Pueblo*. Santander, Ed. Sal Terrae Mensajero, 2011, pág. 723.

¹⁰⁶ PALMA CHAZARRA, L., Tesis Doctoral: *La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*, Director: Dr. D. Borja Mapelli Caffarena, Universidad de Sevilla 2007, pág. 8.

2. La restauración espiritual

La dimensión espiritual es el fundamento de la restauración como veremos en el Capítulo Tercero de esta Tesis Doctoral dedicado a las Fuentes de este paradigma. De la lectura de las Sagradas Escrituras, se desprende esta *restauración espiritual*, y así podemos observar como cuando algo es restaurado, siempre crece, se multiplica y mejora de modo considerable, de modo que su condición final supera su estado original. Uno de los ejemplos más significativos de la restauración lo encontramos en la Biblia en la historia de Job¹⁰⁷ donde vemos que Dios restauró a Job tras las terribles pruebas a las que éste fue sometido, bendiciéndole finalmente en todos los sentidos¹⁰⁸.

El término «restauración» lo encontramos en el Antiguo Testamento. Así en los profetas mayores¹⁰⁹ vemos como en Isaías¹¹⁰, los últimos capítulos nos hablan del mensaje de la restauración del pueblo hebreo¹¹¹; Dios revela a Jeremías¹¹² que eventualmente Jerusalén sería restaurada¹¹³; El último capítulo de Lamentaciones es una oración por la restauración de Israel¹¹⁴; Ezequiel¹¹⁵ profetizó sobre la destrucción y restauración de Israel¹¹⁶.

¹⁰⁷ SHÖKEL, L.A., *La Biblia de Nuestro Pueblo*. Santander, Ed. Sal Terrae Mensajero, 2011, pág. 1.510.

¹⁰⁸ Job 42; 10 en *La Biblia de Nuestro Pueblo*. Ed. Sal Terrae Mensajero, Santander, 2011, pág. 1.572.

¹⁰⁹ Un profeta es una persona que comunica un mensaje de parte de Dios. Es un instrumento fidedigno de Dios. Isaías, Jeremías, Ezequiel y Daniel, son los profetas mayores del Antiguo Testamento ya que a través de ellos Dios reveló cosas extraordinarias.

¹¹⁰ Isaías, del hebreo, ישעייהו—*Ieshaiáhu*, que significa Yahvéh es salvación, fue uno de los mayores profetas de Israel, cuyo ministerio tuvo lugar durante el siglo VIII a.C. El ministerio profético de Isaías tuvo lugar en el Reino de Judá durante las monarquías de Uzías, Jotán, Acáz y Ezequías. Profetizó durante la crisis causada por la expansión del Imperio asirio.

¹¹¹ SHÖKEL, L.A., *La Biblia de...* op. cit., pág. 889.

¹¹² Jeremías (Anatoth, Judea 650 a.E.C. - Daphnae, Egipto 585 a.E.C.) fue un profeta hebreo, hijo del sacerdote Hilcías. Jeremías vivió entre el 650-586 a. C. en Judá, Jerusalén, Babilonia y Egipto. Fue coetáneo de Ezequiel y anterior a Daniel.

¹¹³ SHÖKEL L.A., *La Biblia de...* op. cit., pág. 981.

¹¹⁴ SHÖKEL, L.A., *La Biblia de...* op. cit., pág. 1441.

¹¹⁵ Ezequiel, uno de los profetas mayores de Israel, fue testigo de una de las épocas más trágicas que vivió el pueblo judío: el destierro de Babilonia en el siglo VI a. C. El pecado de idolatría, que supone adorar a algo (placer, poder, dinero) o alguien en lugar de a Dios y es por tanto una ofensa a Dios, había contaminado la tierra que el Señor dio en herencia a Israel. La consecuencia del pecado fue la pérdida de la patria y de la dispersión entre las naciones.

¹¹⁶ SHÖKEL, L.A., *La Biblia de...* op. cit., pág. 1067.

También nos encontramos con el término «restauración» en el Nuevo Testamento; en los Hechos de los Apóstoles 3: 21 «Arrepentíos, pues, y convertíos para que vuestros pecados sean borrados, a fin de que del Señor venga el tiempo de la consolación y envíe al Cristo que os estaba predestinado, a Jesús, a quien debe retener el cielo **hasta el tiempo de la restauración universal**, de que Dios hablo por boca de sus santos profetas»¹¹⁷. Y en el Apocalipsis se dice: «**Vi un cielo nuevo y una tierra nueva**; porque el primer cielo y la primera tierra han pasado y el mar ya no existe. **Vi la Ciudad Santa, la Nueva Jerusalén, que descendía del Cielo**, enviada por Dios, engalanada como una novia que se adorna para su esposo. Y escuche una voz que se oía desde el Trono: *Esta es la morada de Dios con los hombres, pondrá su morada entre ellos y ellos serán su pueblo y Él su Dios*. Y enjugará Dios toda lagrima de sus ojos; ya no habrá más llanto, ni clamor, ni dolor; porque el primer mundo ha pasado. Y el que estaba sentado en el Trono dijo: **Todo lo hago nuevo**» (Apocalipsis 21, 1-5)¹¹⁸.

Todo ello nos muestra que ha de ser restaurada la relación del hombre con su Creador, con el Dios del amor y la misericordia, viviendo así como hijos suyos y reconociéndole como Padre. **La restauración espiritual, basada en la ley del amor, implica por tanto, el descubrimiento y experiencia del amor de Dios**, de modo que el ser humano poco a poco va desarrollando su capacidad de amar a la luz de Dios: «Amarás a Dios con toda tu alma, con toda tu mente y con todo tu corazón y al prójimo como a ti mismo» aunque sencillo es un mensaje profundo, que exige un camino y una profundización.

El destino del espíritu es alcanzar la felicidad a través de la experimentación del amor incondicional por libre decisión de su voluntad. Sin amor no hay evolución. Sin amor no hay sabiduría, Sin amor no hay felicidad. El amor es la fuerza dinamizadora y armonizadora. Todo ser humano aspira a alcanzar la felicidad verdadera y duradera.

¹¹⁷ UBIETA LÓPEZ, J.A., *Nueva Biblia de Jerusalén*, Ed. Desclée, Bilbao, 1999, pág. 1515.

¹¹⁸ SHÖKEL, L.A., *La Biblia de.....* op. cit., pág. 2323.

Por otra parte, podemos observar la importancia del término *restauración* en la obra de Sor María de Jesús de Agreda¹¹⁹, *La Mística Ciudad de Dios, milagro de su omnipotencia y abismo de la gracia*¹²⁰, cuyo subtítulo es *Historia divina y vida de la Virgen Madre de Dios, Reina y Señora nuestra, María Santísima, Restauradora de la culpa de Eva y medianera de la gracia*¹²¹. Esta obra, una de las más importantes junto con las de San Luis María Grignon de Monfort y San Alfonso María de Liguorio, nos da a conocer la existencia de la vida de la Santísima Virgen desde los designios divinos de Dios Padre, presentándola como **restauradora de la culpa de Eva y medianera de la gracia**.

Alfonso María de Liguorio¹²² en su obra *Glorias a María*, nos presenta a María como la mujer perfecta, llena de gracia y de virtudes y nuestro modelo a seguir para restaurarnos. La concepción de María inaugura una nueva era en la humanidad, la era de la liberación del pecado original, dado que ella fue pura y perseveró, mostrándonos el camino de la santidad; cumplió en su totalidad el plan primigenio de Dios para el hombre, haciendo en todo momento la voluntad de Dios, mostrándonos el camino de una vida santa.

¹¹⁹ María Coronel Arana, conocida como Sor María Jesús de Agreda o *La Dama de Azul* escribió otras obras, como su Autobiografía, *El Jardín Espiritual, Las Sabatinas*, una especie de diario espiritual, y otras tantas obras más.

¹²⁰ La obra tiene como referencia directa la historia de la salvación de los hombres, que culmina en la persona de Cristo y su misterio pascual a través de la Vida de la bendita Madre. Las páginas del Evangelio y toda la Sagrada Escritura, con la enseñanza de la liturgia y del Magisterio de la Iglesia, serán su base expositiva.

¹²¹ DE AGREDA, M^a J. *Mística Ciudad de Dios vida de María milagro de su omnipotencia y abismo de la gracia historia divina y vida de la Virgen Madre de Dios, Reina y Señora nuestra, María santísima, restauradora de la culpa de Eva y medianera de la gracia*, Ed. Fareso, Introducción, notas y edición por Celestino Solaguren, OFM con colaboración de Ángel Martínez Moñux, OFM y Luis Villasante, OFM, Madrid 1970, reimpresa en 1982, en 1992.

¹²² Alfonso María de Liguorio (Marianella, Reino de Nápoles, 27 de septiembre de 1696 - Pagani, Reino de Nápoles, 1 de agosto de 1787). Religioso italiano, obispo de la Iglesia católica y fundador de la Congregación del Santísimo Redentor cuyos miembros se conocen como redentoristas. Canonizado en 1839 y proclamado «Doctor de la Iglesia» en 1871, es el patrono de los abogados católicos, de los moralistas y de los confesores. Escribió más de 111 obras, entre las cuales cabe destacar el *Tratado de Teología moral*, escrito entre 1753 y 1755 y *Las Glorias de María*, escrito en 1750.

El Padre Nicolás Caballero¹²³ en su obra *Evangeliza tu cuerpo* nos habla de cómo llegar a la conciencia pura y por tanto de cómo restaurarnos, haciendo referencia a la misión del cuerpo, dado que el cuerpo tiene una misión en relación al todo: «La conciencia, eclipsada por la mente [...] mata la capacidad contemplativa natural que tiene la conciencia pura. *Pensamos* en Dios pero no sabemos *mirar* a Dios. Solo en esta *mirada* se realiza la persona. La mente al vivirse como protagonista, se separa de la conciencia pura. [...] La personalidad oculta a la persona»¹²⁴. «El cuerpo deja de ser el lugar donde la conciencia pura se encarna y expresa [...]»¹²⁵. **Todo ello hace que «la conciencia pura, tal como salió de las manos de Dios nos es desconocida»**¹²⁶.

Esquema nº 3: La restauración espiritual



¹²³ **D. Nicolás de María Caballero es un sacerdote misionero claretiano;** Licenciado en Filosofía y Letras, con especialidad en Ciencias de la Educación y Diplomado en Psicología Clínica. Siguiendo al Concilio Vaticano II y buscando la realización del “hombre entero”, inició en 1972 la elaboración de una pedagogía para “orar y enseñar a orar”. El Padre Nicolás Caballero afirma «Imposible crear condiciones profundas para la oración si la persona, al mismo tiempo, no se va encontrando a sí misma. Imposible encontrarse como persona, si no se efectúa una relación profunda con Dios». Entre sus magníficas obras destaca *Cómo enseñaba a orar Santa Teresa*, Burgos, Ed. Monte Carmelo, 2003, obra en la que el autor nos muestra el camino para ser orantes.

¹²⁴ CABALLERO, N., *Evangeliza tu cuerpo*, Madrid, Ed. El Perpetuo Socorro, 2012, pág. 41.

¹²⁵ *Ibidem*.....pág. 42.

¹²⁶ *Ídem*.....pág. 42.

3. La restauración del orden social.

El nuevo *paradigma restaurativo* supone la restauración al orden social. El orden social es un concepto de las ciencias sociales que designa a la estructura social entendida como mantenimiento de la jerarquía, las normas y las instituciones aceptadas socialmente mediante el consenso social y la conformidad.

Las formas de relación y comportamiento social consideradas compatibles con tal orden definen, por oposición, el denominado comportamiento antisocial y la marginalidad. El mantenimiento del orden social no implica que dentro él no exista desorden o contradicciones inherentes. Toda sociedad, independientemente de su permanencia o estabilidad, presenta aspectos caóticos o disfuncionales; así como existen los conflictos sociales y el disenso de los disidentes. La forma en que tales disfunciones y disidencias se gestionan (represión, tolerancia, asimilación, negación) definirá el grado de reformismo, progresismo, conservadurismo o autoritarismo social.

El orden social es un sistema de instituciones, marcos e interacciones relativamente persistente, capaz de continuar reproduciéndose por sí mismo mientras se mantengan las condiciones esenciales de su propia existencia. Tales condiciones incluyen las relaciones de producción, la propiedad, las relaciones de poder, las formas y expresiones culturales y de comunicación, la ideología o los valores.

Asimismo nos encontramos con conceptos confluyentes con este término de orden social pero no idénticos, son otros como el de estratificación social, el de orden público, el de cuerpo social o el de sociedad civil.

El orden social no debe confundirse con conceptos característicos del Antiguo Régimen, como la división social en órdenes (sociedad de órdenes o sociedad estamental), las órdenes religiosas o las órdenes militares.

La restauración del orden social presupone así la restauración individual y va encaminada a infundir el *Espíritu de las Leyes* en el orden político y social.

Al respecto cabe destacar la Carta Encíclica *Quadragesimo anno*¹²⁷ de Su Santidad Pío XI sobre la restauración del orden social en perfecta conformidad con la ley evangélica al celebrarse el 40º aniversario de la Encíclica *Rerum Novarum* de León XIII. Todas las propuestas de la Encíclica se centran en la vuelta a la doctrina evangélica, defendiendo así su validez intemporal. Algunas propuestas más concretas son:

- ♦ Reforma ajustada de la economía a la razón iluminada por la caridad cristiana.
- ♦ Colaboración mutua y armoniosa de todas las actividades humanas en la sociedad.
- ♦ Reconstrucción del plan divino para todos los hombres.
- ♦ El enriquecimiento es lícito siempre que no menoscabe los derechos ajenos.
- ♦ *Ley de la templanza cristiana* contra los apegos desordenados, que son una afrenta a los pobres, y que se basa en *buscar primero el reino de Dios y su justicia*.
- ♦ *Ley de la Caridad*, mucho más amplia que la pura justicia.
- ♦ Igualdad radical de todos los hombres en la misma familia de hijos de Dios, encarnado en el hijo de un carpintero, para potenciar mutuo amor entre ricos y pobres.

En un artículo titulado *El fracaso de los atajos financieros*, publicado en L'Osservatore Romano (LOR), Simona Beretta, experta en Doctrina Social de la Iglesia de la Universidad Católica del Sacro Cuore, resalta ante la crisis financiera global la actualidad, de la encíclica de Pío XI *Quadragesimo Anno*, escrita en 1931 tras el crack de 1929 y a 40 años de la *Rerum Novarum* de León XIII, señalando que «cuando se oscurece en los operadores la conciencia de la naturaleza y el significado de las finanzas, éstas dejan de ser lo que son, dejan de ser el puente entre los ahorros y las inversiones; y se **autocondenan al fracaso a mediano y largo plazo**».

¹²⁷ *Quadragesimo anno* es una carta encíclica del Papa Pío XI, promulgada el 15 de mayo de 1931, con ocasión de los 40 años de la encíclica *Rerum Novarum*, de allí su nombre en latín, *Quadragesimo anno* (*en el cuadragesimo año*). Trata sobre la restauración del orden social y su perfeccionamiento en conformidad con la ley evangelizadora y está dirigida a los Obispos, sacerdotes y fieles católicos.

E. NATURALEZA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

En cuanto a la naturaleza de la *justicia restaurativa* podemos destacar en primer lugar su naturaleza transdisciplinar y su naturaleza misericordiosa.

a. Naturaleza transdisciplinar

En relación a la forma de organización de los conocimientos frente al modelo interdisciplinar¹²⁸ o multidisciplinar¹²⁹ podríamos decir que el *paradigma restaurativo* sigue el *modelo transdisciplinar*¹³⁰, dado que en cuanto a la forma de organización de los conocimientos trasciende las diferentes disciplinas, representando así la aspiración a un conocimiento lo más completo posible, que sea capaz de dialogar con la diversidad de los saberes humanos.

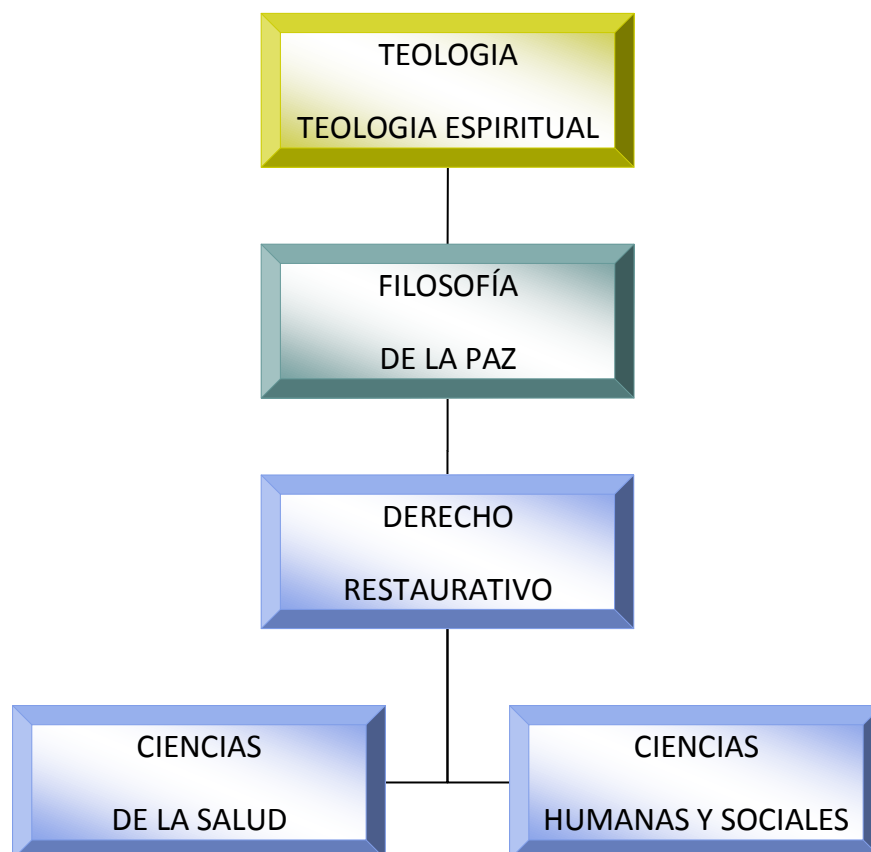
¹²⁸ Se conoce por interdisciplina la forma de organización de los conocimientos, donde los métodos que han sido utilizados con éxito dentro de una disciplina, se transfieren a otra, introduciéndolos en ella sobre la base de una justificación, que pretende siempre una ampliación de los descubrimientos posibles o la fundamentación de estos. Como resultados, se puede obtener una ampliación y cambio en el método transferido, o incluso un cambio disciplinario total, cuando se genera una disciplina nueva, con carácter mixto, como es el caso de la terapia familiar, que toma métodos de la antropología, la psicología, la sociología y los aplica a la familia. Otro tanto ocurre, aunque con una estructuración formal diferente, en ciencias como la bioquímica, y otras cercanas a los dominios tecnológicos, la robótica, y campos aplicados.

¹²⁹ La pluridisciplina (o multidisciplina) por su parte, no altera los campos y objetos de estudio disciplinarios, ni el arsenal metodológico: consiste en juntar varias disciplinas para que cada una proyecte una visión específica sobre un campo determinado. Cada disciplina aporta su visión específica, y todas confluyen en un informe final de investigación que caracteriza desde las perspectivas involucradas lo que se investiga. No obstante, la pluridisciplina hace avanzar formas organizativas nuevas y produce impactos en los investigadores, cuando se trascienden los límites formales antes expuestos, se forman colectivos estables durante períodos temporales amplios, y se termina intercambiando saberes en un ejercicio que comienza a trascender las fronteras de cada una de las disciplinas involucradas. Los estudios pluridisciplinarios no solo aportan lo extra que concierne al trabajo conjunto, sino lo que se revierte sobre la propia ciencia y el modo de concebir la investigación

¹³⁰ La transdisciplina es una forma de organización de los conocimientos que trascienden las disciplinas de una forma radical. Se ha entendido la transdisciplina haciendo énfasis a) en lo que está entre las disciplinas, b) en lo que las atraviesa a todas, y c) en lo que está más allá de ellas. Todas las interpretaciones coinciden en la necesidad de que los conocimientos científicos se nutran y aporten una mirada global que no se reduzca a las disciplinas ni a sus campos, que vaya en la dirección de considerar el mundo en su unidad diversa. Que no lo separe, aunque distinga las diferencias.

El *paradigma restaurativo* se ubica en un lugar muy especial, puesto que encuentra su fundamento, su origen en la filosofía y también y con gran profundidad en la teología. Solo ubicada en estas disciplinas se entiende su verdadero origen y tiene sentido su aplicabilidad práctica en el mundo actual. Así pues, la *justicia restaurativa* se ha de investigar y contemplar desde su carácter transdisciplinar, puesto que cada una de las disciplinas enmarcadas dentro de este paradigma (Derecho, Medicina, Psicología, Ciencias Política, Criminología, etc.) trasciende y nos ayuda a tener una verdadera visión de este modelo de justicia y de su aplicación práctica. Precisamente este carácter transdisciplinar inherente a su naturaleza es lo que le da ciertamente eficacia a los *programas restaurativos* al conseguir restaurar y sanar a las partes intervinientes en un proceso restaurativo.

Esquema n.º 4: Modelo transdisciplinar



b. Naturaleza misericordiosa

El verbo que expresa el término *miserecordia* en hebreo es *rajam* (רַחַם): «tener compasión, ser misericordioso, sentir lástima, amor» y el nombre de *miserecordia*, *rejem* (רַחֵם): «entrañas; misericordia, tierno amor». La palabra *miserecordia* tiene su origen en dos palabras del latín: *misereri*, que significa tener compasión, y *cor*, que significa corazón. Ser misericordioso es tener un corazón compasivo. La misericordia, junto con el gozo y la paz, son efectos del amor; es decir, de la caridad. Este principio de caridad podemos afirmar que está relacionado con aspectos innatos de la naturaleza humana e implica amar a los demás, no únicamente a los que nos aman¹³¹.

En la *Carta Encíclica Dives in Misericordia* de S.S. Juan Pablo II sobre la *Misericordia Divina* se profundiza acerca del concepto de *miserecordia*: «4. El concepto de *miserecordia* tiene en el Antiguo Testamento una larga y rica historia. Debemos remontarnos hasta ella para que resplandezca más plenamente la misericordia revelada por Cristo.... **De este modo, la misericordia se contrapone en cierto sentido a la justicia divina y se revela en multitud de casos no sólo más poderosa, sino también más profunda que ella.** Ya el Antiguo Testamento enseña que, si bien la justicia es auténtica virtud en el hombre, y en Dios significa la perfección trascendente, sin embargo, el amor es más «grande» que ella; *es superior en el sentido de que es primario y fundamental. El amor, por así decirlo, condiciona a la justicia y en definitiva la justicia es servidora de la caridad. La primacía y la superioridad del amor respecto a la justicia* (lo cual es característico de toda la revelación) se manifiestan precisamente a través de la *miserecordia*. Esto pareció tan claro a los Salmistas y a los Profetas que el término mismo de *justicia* terminó por significar la *salvación llevada a cabo por el Señor y su misericordia*»¹³².

¹³¹ En la obra *Glorias de María* de San Alfonso María de Ligorio vemos como la define como en el capítulo primero *María, nuestra Madre y Reina* hace referencia a que nuestra confianza en María ha de ser grande, por ser ella la Madre de la Misericordia. aunque reina no lo es de justicia, preocupada del castigo de los malhechores, sino *Reina de la misericordia*, atenta únicamente a la piedad y al perdón de los pecadores. Por eso la Iglesia quiere que la llamemos expresamente reina de la misericordia.

¹³² S.S. Juan Pablo II, *Carta Encíclica Dives in Misericordia* de S.S. Juan Pablo II sobre la Misericordia Divina.

Asimismo dicha *Carta Encíclica* profundiza en la experimentación de la misericordia por parte de la Madre del Crucificado, haciendo mención al pasmoso encuentro de la trascendente justicia divina con el amor: *el beso dado por la misericordia a la justicia*.

Su Santidad el Papa Francisco, en *Misericordiae Vultus* El rostro de la misericordia; *Bula de Convocación del Jubileo Extraordinario de la Misericordia* nos indica que «1. Jesucristo es el rostro de la misericordia del Padre. El misterio de la fe cristiana parece encontrar su síntesis en esta palabra. Ella se ha vuelto viva, visible y ha alcanzado su culmen en Jesús de Nazaret. El Padre, «rico de misericordia» (Ef 2,4), después de haber revelado su nombre a Moisés como « Dios compasivo y misericordioso, lento a la ira, y pródigo en amor y fidelidad » (Ex 34,6) no ha cesado de dar a conocer en varios modos y en tantos momentos de la historia su naturaleza divina. En la « plenitud del tiempo » (Gal 4,4), cuando todo estaba dispuesto según su plan de salvación, Él envió a su Hijo nacido de la Virgen María para revelarnos de manera definitiva su amor. Quien lo ve a Él ve al Padre (cfr Jn 14,9). Jesús de Nazaret con su palabra, con sus gestos y con toda su persona [1] revela la misericordia de Dios»¹³³.

«2. Siempre tenemos necesidad de contemplar el misterio de la misericordia. Es fuente de alegría, de serenidad y de paz. Es condición para nuestra salvación. Misericordia: es la palabra que revela el misterio de la Santísima Trinidad. Misericordia: es el acto último y supremo con el cual Dios viene a nuestro encuentro. Misericordia: es la ley fundamental que habita en el corazón de cada persona cuando mira con ojos sinceros al hermano que encuentra en el camino de la vida. Misericordia: es la vía que une Dios y el hombre, porque abre el corazón a la esperanza de ser amados no obstante el límite de nuestro pecado»¹³⁴.

¹³³ S.S. Papa Francisco, *Misericordiae Vultus*, El Rostro de la Misericordia, Bula de Convocación del Jubileo Extraordinario de la Misericordia, Ed, San Pablo, Madrid, 2015, pág. 9.

¹³⁴ S.S. Papa Francisco, *Misericordiae Vultus*, El Rostro de la Misericordia, Bula de Convocación del Jubileo Extraordinario de la Misericordia, Ed, San Pablo, Madrid, 2015, pág. 10.

F. FINES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Este paradigma restaurativo tiene como fines en primer lugar constituirse como fuente de felicidad y en segundo lugar lograr la paz tanto individual como social fruto de la restauración tanto personal como del orden social.

a. El paradigma restaurativo como fuente de felicidad

Francisco Ugarte Corcuera¹³⁵ en su precioso libro *El Camino de la Felicidad*, concluye que «el sufrimiento – que en sí mismo es un mal – puede convertirse en un bien para la persona, que la conduzca a su plenitud y no sólo no sea un obstáculo para la felicidad, sino que resulte compatible con ella e incluso la potencie»¹³⁶.

Santo Tomás de Aquino señala que estamos hechos para la felicidad, por eso tendemos naturalmente a ella: «la voluntad apetece libremente la felicidad, aunque la busque a la vez necesariamente»¹³⁷. Otra cosa es lograr que, en la práctica, el deseo subjetivo de ser feliz, que siempre está presente, se resuelva satisfactoriamente. «La tragedia del hombre no está en no poder encontrar la felicidad, sino en buscarla donde no está»¹³⁸.

San Agustín sostenía acerca de la vida feliz que «Todos los hombres buscan la felicidad, quieren ser felices y sin embargo la mayor parte no sabe cómo alcanzarla»¹³⁹. Aristóteles en relación a este término afirma que la «felicidad debe ser algo estable»¹⁴⁰.

¹³⁵ Monseñor Francisco Ugarte Corcuera nació en Guadalajara (México) en 1947. Obtuvo la Licenciatura y la Maestría en Filosofía por la Universidad Nacional Autónoma de México, y el Doctorado en Filosofía por la Universidad de la Santa Cruz, en Roma. Ha publicado diversos estudios filosóficos en México y otros países. Entre sus publicaciones encontramos: *El hombre actual en busca de la realidad; Del resentimiento al perdón. La amistad y Metafísica de la esencia*.

¹³⁶ UGARTE CORCUERA, F., *El Camino de la Felicidad*, Madrid, Ed. Rialp, 2010, pág. 113.

¹³⁷ TOMÁS DE AQUINO, *De Potentia*, 10, 2, ad 5.

¹³⁸ TOMÁS DE AQUINO, *Doctrina Teológica*, adaptación de Farrell, W., y Healy, M. J., Madrid, Ed. Rialp, 1962, pág. 191.

¹³⁹ AGUSTÍN DE HIPONA, *Enarrationes in Psalmos*, 118, 1, 1 y en CAPÁNAGA, V., *Agustín de Hipona*, Ed. Biblioteca de Autores Cristiano, Madrid, 1977, pág. 191.

¹⁴⁰ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, Libro I.

La felicidad es una realidad profunda, que no se reduce ni al placer ni a la simple alegría: «La felicidad es una condición de la persona misma, de toda ella, es decir, está en el orden del ser, y no del tener»¹⁴¹, por eso es más profundo y permanente que la alegría y el placer. Como muy bien afirma Enrique Rojas «La alegría está por encima del placer y por debajo de la felicidad. El placer tiene un tono fugaz, transitorio pero la alegría tiene un tono más duradero. A otro nivel, en otra galaxia, nos encontramos con la felicidad, suma y compendio de la vida auténtica y de ver el proyecto a flote»¹⁴². «Dios ha depositado en el corazón de cada hombre el deseo de la felicidad, como un impulso primario y quiere responder a él comunicándonos su propia felicidad, si nos dejamos conducir por El»¹⁴³.

Durante más de 10 años los psicólogos David G. Myers (Hope College de Michigan)¹⁴⁴ y Ed Diener (Universidad de Illinois) han analizado los resultados de las investigaciones sobre la felicidad y han publicado un resumen en la *Scientific American* (mayo 1996) obtuvo la siguiente conclusión: «Los creyentes con un compromiso espiritual son más felices que los indiferentes y la felicidad aumenta en paralelo con la práctica religiosa»¹⁴⁵.

¹⁴¹ YEPES STORK, R, *Fundamentos de Antropología*, Pamplona, Ed. Eunsa, 1966, pág. 216.

¹⁴² ROJAS, E., *Una teoría de la felicidad*, Dossat 2000, Madrid, 1966, pág. 8.

¹⁴³ PINCKAERS, Servais, *En busca de la felicidad*, Ed. Palabra Madrid, 1981, pág. 38.

¹⁴⁴ David G. Myers ocupa la cátedra John Dirk Werkman como profesor de psicología en el Hope College de Michigan, donde fue elegido por votación estudiantil "Profesor sobresaliente". El amor de Myers por la enseñanza de la psicología se hace evidente en su forma de escribir para el público lego. Ha escrito para muchas revistas que incluyen *Scientific American* y *Today's Education*. Los diez libros que ha escrito incluyen textos de introducción a la psicología y de psicología social, así como *La búsqueda de la felicidad: ¿Quién es feliz y por qué?* También como investigador, el Dr. Myers ha sido galardonado con el premio Gordon Allport de la División 9 de la Asociación Americana de Psicología por su trabajo sobre polarización grupal. Sus artículos científicos han aparecido en más de dos docenas de revistas entre las que se incluyen *Science*, *American Scientist*, *Psychological Bulletin* y *Psychological Science*. Ha prestado servicios a su disciplina como editor consultor al *Journal of Experimental Social Psychology* y al *Journal of Personality and Social Psychology*. En su tiempo libre ha sido director de la Comisión para las Relaciones Humanas de su ciudad, ha contribuido a la fundación del Centro de Atención Comunitaria, que presta ayuda a familias de bajos recursos y ha presentado conferencias ante numerosos grupos colegiados y religiosos.

¹⁴⁵ MYERS, D.G. *The pursuit of happiness*, pág. 183.

Todo esto confirma la afirmación de San Agustín: «es feliz el que posee a Dios»¹⁴⁶, estableciendo la gracia como principio de la vida espiritual¹⁴⁷ o lo que señalaba Pascal: «nadie es tan feliz como un cristiano auténtico», una felicidad capaz de convertir el dolor en fuente de felicidad»¹⁴⁸.

El nuevo *paradigma restaurativo* dada su naturaleza transdisciplinar y la importancia que en él se confiere a la *teología espiritual*, se constituye como fuente de felicidad en la praxis, puesto que transforma las situaciones dolorosas, dotando de sentido al sufrimiento y al dolor, dado que *la esencia de la felicidad es simple y eterna: consiste en amar y ser amado*.

Pero existe un obstáculo al amor de Dios y del prójimo, con consecuencias para nuestra felicidad: el pecado, que consiste en transgredir el orden que Dios ha establecido para nuestro bien.

El destino del espíritu es alcanzar la felicidad a través de la experimentación del amor incondicional por libre decisión de su voluntad. El amor es la fuerza dinamizadora y armonizadora. Todo ser humano aspira a alcanzar la felicidad verdadera y duradera. Así pues, «La felicidad es una condición de la persona misma, de toda ella, es decir, **la felicidad se encuentra en el orden del ser, y no del tener**»¹⁴⁹.

¹⁴⁶ SAN AGUSTÍN DE HIPONA, *De la vida feliz*, nº 12.

¹⁴⁷ CAPÁNAGA, V., *Agustín de Hipona*, Ed. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1977, pág. 191.

¹⁴⁸ UGARTE CORCUERA, F., *El Camino de la Felicidad*, Ed. Rialp, Madrid, 2010, pág. 17.

¹⁴⁹ YEPES STORK, R., *Fundamentos de Antropología*, Ed. EUNSA, Pamplona, 1996, pág. 216.

b. La paz como fruto de la justicia restaurativa

El *Paradigma Restaurativo* se caracteriza por ser un paradigma pacífico puesto que su finalidad es conseguir la paz tanto individual como social. La paz es un concepto que pertenece al orden familiar, social, político y religioso.

La palabra *paz* en sentido etimológico original fruto del estudio comparativo de las versiones bíblicas antiguas podemos ver como se refiere a tres aspectos derivados de los tres nombres, en hebreo *shalom*, en griego *eirene* y en latín *pax*.

El término *Shalom* se refiere a la totalidad integra del bienestar objetivo y subjetivo, *eirene* a la condición propia del Estado y del tiempo en que no hay guerra y *pax* a la certeza basada en los acuerdos estipulados y aceptados.

La palabra «paz» que deriva del latín «pax», es generalmente definida, en sentido positivo, como un estado a nivel personal y social, en el cual se encuentran en equilibrio y armonía las partes de una unidad.

Según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, podemos ver como la palabra *paz* tiene varias acepciones: «1.f. Situación en la que no existe lucha armada en un país o entre países.2.f. Relación de armonía entre las personas, sin enfrentamientos ni conflictos. 5. f. Estado de quien no está perturbado por ningún conflicto o inquietud».¹⁵⁰

¹⁵⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. 23ª Ed. R.A.E. Madrid. 2014.

1. La dimensión individual de la paz

A nivel de experiencia individual, la paz además de la tranquilidad y la concordia abarca especialmente el doble bien de la salud física y del bienestar familiar¹⁵¹. Así pues, en el *plano individual*, la *paz* designa un *estado interior*, exento de sentimientos negativos; una virtud que pone en el ánimo tranquilidad y sosiego, considerada en la doctrina cristiana como uno de los frutos del Espíritu Santo como indica Santo Tomás de Aquino en su cuestión 29 la paz es virtud de la Suma Teológica.¹⁵² Es lo que conocemos como *la paz interior o paz del corazón*: Así en la *Epístola a los Gálatas*, San Pablo nos dice: «5:22-23. El fruto del Espíritu es amor, gozo, paz, paciencia, amabilidad, bondad, fidelidad, modestia, dominio propio»¹⁵³. La paz verdadera es fruto del Espíritu Santo, «la paz os dejo mi paz os doy» puesto que transforma el alma y el corazón de quien la tiene.

En hebreo la palabra que significa *paz* es *shalom* y en griego es *eirene*. En ambas, la paz es tener *bienestar en su plenitud*. Es, por lo tanto, deseada para uno mismo e igualmente para los demás, hasta el punto de que desear la paz era la forma usual de saludar entre los hebreos «la paz esté contigo», comprendiendo este saludo los bienes materiales y espirituales. Saludo que siguieron utilizando los apóstoles, según vemos en sus Cartas, y los primeros cristianos. En nuestros días parece que se va perdiendo esa huella de Dios en el saludo habitual, *shalom* designa el hecho de hallarse intacto, completo (Job 9:4) «el estado del hombre que vive en armonía con la naturaleza, consigo mismo y con Dios»¹⁵⁴.

¹⁵¹ Nuevo Diccionario de Teología Bíblica (Nuovo Dizionario di Teología Bíblica), dirigido por P. Romano, G. Rovasi y A. Girlanda, Ed. Paulinas, Madrid, 1988, pág. 1421.

¹⁵² DE AQUINO, T., *Suma de Teología*, Tomos III Ed. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1990, pág. 279 incluido en la obra SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, Tomos I-V Madrid, Ed. Biblioteca de Autores Cristianos, 1990.

¹⁵³ SHÖKEL, L.A., *La Biblia de Nuestro Pueblo*. Santander, Ed. Sal Terrae Mensajero, 2011, pág. 2.155.

¹⁵⁴ LEÓN-DUFOUR, X., *Vocabulario de Teología Bíblica*, Barcelona, Ed. Herder, 1973, pág. 656.

La paz como fruto de la justicia lo encontramos en relación a la *restauración* en la Sagrada Escritura en Isaías 32:17 «**el efecto de la justicia será la paz**, la función de la justicia, calma y tranquilidad perpetuas»¹⁵⁵.

La *paz* es uno de los conceptos centrales del pensamiento de *San Agustín*¹⁵⁶ que afirma que «el conocimiento de uno mismo es esencial para alcanzar la paz». En el *Libro XIX Capítulo XII de la Ciudad de Dios, La Paz, aspiración suprema de los seres*, dice que «La paz interna de una persona depende del buen orden que exista entre el cuerpo y el alma y la salud en la totalidad del ser vivo. La paz entre los hombres llega con una amistad ordenada o "unidad de corazón" (concordia). La paz en la familia llega cuando tal amistad se refleja en un arreglo armonioso entre la autoridad y la obediencia entre las personas que conviven. La paz entre las personas que viven en una comunidad política se basa en una armonía entre los gobernantes y los gobernados. Finalmente, la paz de la ciudad celestial, la sociedad más ordenada y armoniosa, se realizará al fin de los tiempos, cuando los hombres y los ángeles se gocen en Dios y se gocen los unos en los otros a causa de Dios»¹⁵⁷

El Padre Nicolás Caballero¹⁵⁸ en su obra *Cerebro, Interiorización y Meditación* nos dice que «hay que recuperar la afectividad o un nuevo estilo de presencia marcado por la *paz y la armonía*» y asimismo que «hay que abrirse afectivamente a Dios de manera que su Paz trascienda nuestra propia paz y su fuerza armonizadora trascienda nuestra propia fuerza de integración y de armonización»¹⁵⁹.

¹⁵⁵ SHÖKEL, L.A, *La Biblia de Nuestro Pueblo*. Ed. Sal Terrae Mensajero, Santander, 2011, pág. 932.

¹⁵⁶ Escuela Cultura de la Paz, Cuestiones de Paz en San Agustín, Ensayo sobre cuestiones de paz en San Agustín www.escuelaculturadepaz.org

¹⁵⁷ DE HIPONA, A, *La Ciudad de Dios*, libro 19, 13.1.

¹⁵⁸ El Padre Nicolás de María Caballero, es sacerdote misionero claretiano; licenciado en Filosofía y Letras, con la especialidad en Ciencias de la Educación, y Diplomado en Psicología Clínica. Siguiendo al Concilio Vaticano II y buscando la realización del "hombre entero", inició en 1972 la elaboración de una pedagogía para «orar y enseñar a orar».

¹⁵⁹ CABALLERO N., *Cerebro, Interiorización y Meditación*, pág. 24.

2. La dimensión política y social de la paz

El Estado debe gozar de un estado de paz en la esfera política y social, puesto que es una condición indispensable¹⁶⁰. En su dimensión *social*, entendemos por *paz*, el entendimiento y buenas relaciones entre los grupos, clases o estamentos sociales dentro de un país. Es importante destacar, que *la paz* en el plano social tiene como presupuesto la paz interior de cada ser humano y supone la pública tranquilidad y quietud de los Estados, en contraposición a la guerra o a la turbulencia¹⁶¹. Así la paz se constituye y por tanto, debería aprobarse como un derecho humano. Martin Luther King escribió en su *Carta desde la cárcel de Birmingham*, el 16 de abril de 1963 que «la verdadera paz no es simplemente la ausencia de tensión: es la presencia de justicia».

El *paradigma restaurativo* se caracteriza por ser un *paradigma pacífico*¹⁶², puesto que su finalidad principal es conseguir la paz tanto individual como social. Los comportamientos perturbadores del orden social se deberían solucionar mediante procesos restaurativo que aspiran a moralizar a los ciudadanos para así conseguir la paz social, frente a la posición del actual Derecho Penal que no aspira a ello sino únicamente a proteger sus bienes jurídicos.

La justicia restaurativa tiene por finalidad formar a los ciudadanos en la resolución pacífica de conflictos y restaurar la tranquilidad social perturbada por el delito reafirmando la moral social y el sentido de justicia de la comunidad. Optar por la paz supone educar para la paz especialmente a los jóvenes generaciones, suscitando en ellas el espíritu crítico, la conciencia ética, el respeto a lo diferente y la sensibilidad por toda vida humana.

¹⁶⁰ Nuevo Diccionario de Teología Bíblica (Nuovo Dizionario di Teología Bíblica), dirigido por P. Romano, G. Rovasi y A. Giralda, Ed. Paulinas, Madrid, 1988, pág. 1421.

¹⁶¹ *Gran Diccionario Enciclopédico Universal*, Ed. Club Internacional del Libro, Tomo 10. Madrid, 1989, pág. 4.010.

¹⁶² JIMÉNEZ BAUTISTA, F. y RUEDA PENAGOS Z., «Hacia un paradigma pacífico: La paz mundo, la paz compleja y la paz neutra», *Revista Científica Ra-Ximhai*, Universidad Autónoma Indígena de México, 2012, Vol.8, septiembre- diciembre, núm. 3, pág. 230.

La *Carta Encíclica de Su Santidad Juan XXIII, Pacem in Terris, Sobre la paz en todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad*, hace referencia a que **la justicia es el fundamento de una paz auténtica** y propone un nuevo orden de justicia, de paz, de verdad y solidaridad entendiendo el espíritu de la ley humana a la luz de la ley de Dios y señalando que: «1. La Paz en la Tierra, suprema aspiración de toda la humanidad a través de la historia, es indudable que no puede establecerse ni consolidarse si no se respeta fielmente el orden establecido por Dios».¹⁶³ En la encíclica es evidente que la paz significa el desarrollo global de cada hombre, de cada pueblo. No es ni la ausencia de guerra, ni el equilibrio militar entre opiniones opuestas, sino un trabajo coral que involucra la familia humana entera en la realización de un orden social fundado en **cuatro pilares: la verdad, la justicia, la solidaridad y la libertad**. Al contrario, «*para edificar la paz se requiere ante todo que se desarraiguen las causas de discordia entre los hombres, que son las que alimentan las guerras*» (GS 83). Muchas de estas causas provienen de desigualdades económicas y del retraso con el cual se busca el remedio necesario. Es necesario, entonces, que la comunidad de las naciones respondan a las exigencias del bien común universal, «*teniendo particularmente en cuenta las numerosas regiones que se encuentran aún hoy en estado de miseria intolerable*» (GS 84).

Considerando que en la actualidad la mayoría de las investigaciones realizadas en torno a la paz, se realizan principalmente centrándose en la perspectiva construida desde la violencia¹⁶⁴ se requiere un cambio epistemológico puesto que «la paz, lejos de ser solamente ausencia de guerra es plenitud de dicha»¹⁶⁵. **Así el nuevo paradigma exige una visión de la paz positiva, tanto en la esfera individual como en la política social a fin de que entre todos, podamos construir un mundo en el que reine la paz entre todos los pueblos, entre todas las naciones, una civilización en la que prevalezca la justicia, el amor y la verdad.**

¹⁶³ S. S. JUAN XXIII, *Carta Encíclica de Su Santidad Juan XXIII, Pacem in Terris, Sobre la paz en todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad*.

¹⁶⁴ FERNÁNDEZ HERRERÍA A., LÓPEZ LÓPEZ M., «Educar para la paz. Necesidad de un cambio epistemológico», *Revista de Ciencias Sociales Convergencia*, Universidad Autónoma del Estado de México, 2014, enero-abril, núm. 64, pp. 117-142.

¹⁶⁵ LEÓN-DUFOUR, X., *Vocabulario de Teología Bíblica*, Barcelona, Herder, Barcelona, 1973, pág. 657.

CAPITULO II

LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

A. DEFINICIÓN DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Etimológicamente el término *principio* deriva del latín *principium* «comienzo, primera parte, parte principal» a su vez derivado de *prim-* «primero, en primer lugar» y *cap-* «tomar, coger, agarrar», por lo que literalmente *principium* hace referencia a «lo que se toma en primer lugar». *Principio* según el *Diccionario de la Real Academia Española* es el «fundamento, aseveración fundamental que permite el desarrollo de un razonamiento o estudio científico; norma o máxima idea que rige el pensamiento o la conducta»¹⁶⁶. Por tanto, *los principios* deben seguirse con cierto propósito, como consecuencia necesaria de algo o con el fin de lograr un propósito determinado; los principios plasman una determinada valoración de la justicia de una sociedad, sobre la que se construyen las instituciones de Derecho y que informan el contenido de las normas jurídicas de un Estado¹⁶⁷. Por tanto, *los principios informadores de un paradigma* son aquellos que constituyen un reflejo de las características esenciales del mismo y que los investigadores asumen, y sin los cuales no es posible trabajar, comprender o utilizar dicho paradigma, ya que «los miembros de una comunidad científica que postulan el mismo paradigma comparten una serie de valores comunes y de elementos compartidos adquiridos en su educación y aprendizaje [...]»¹⁶⁸. Dichos elementos constituyen según el profesor Thomas Kuhn la *matriz disciplinar* de un paradigma. Así pues, *los principios restaurativos* podemos decir que *constituyen las orientaciones centrales del sistema*, por lo que técnicamente, no deberían llamarse principios, sino *fundamentos*.

¹⁶⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª, Madrid, Ed. R.A.E., 2014.

¹⁶⁷ Cabe distinguir los principios informadores de un paradigma de las reglas.

¹⁶⁸ KUHN T., *The Structure of Scientific Revolutions*, [La Estructura de las Revoluciones Científicas], (Trad Agustín Contín), Madrid, Fondo de Cultura Económica, [1962], 2001, pp. 82-83.

B. FUNDAMENTO DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES

a. La verdad de las relaciones humanas

El término *verdad* se usa frecuentemente para significar la coincidencia entre una afirmación y los hechos o la realidad a la que dicha afirmación se refiere o la fidelidad a una idea. **La dimensión profunda del concepto de *verdad* lo encontramos en el término hebreo *emunah* que significa «confianza, fidelidad»** ya que las cosas son verdaderas cuando son «fiables», fieles, dado que cumplen lo que ofrecen. **La *emunah* es una condición interna que trasciende la razón y que se sustenta en base al conocimiento, el entendimiento y la sabiduría.** Etimológicamente deriva de la raíz «em», que significa «madre», **denotando la relación que se establece entre madre e hijo de confianza plena, obediencia y fidelidad.** En la cultura hebrea, el cumplimiento de los *mitzvot* de la Torah hace que se crezca en *emunah* produciéndose así acciones justas (*tzedaká*).

En su dimensión hebrea, para referirse a la *verdad* se utiliza el vocablo *eméth*, de la misma raíz que *emunah* (fe). El término hebreo *eméth* a menudo, traducido como *verdad*, **designa aquello que es firme, digno de confianza, estable, fiel, un hecho veraz o establecido.** El verbo que se halla en la base de este vocablo es *amén*, y denota algo firme, inquebrantable en una cosa o palabra, hace referencia por tanto, a la confianza y fidelidad de Dios y tiene un **carácter de permanencia y estabilidad, de eternidad.**

Del análisis de este término podemos observar claramente como el **concepto de *verdad* en su dimensión hebrea tiene una profundidad y unas connotaciones de eternidad** que implican necesariamente un cambio de conciencia, puesto que las leyes por su propia naturaleza trascienden, no considerándose como normas cerradas.

De esta **profundidad y connotaciones carece dicho término en su dimensión griega, tal cual lo entendemos en Occidente, dado su carácter finito enmarcado dentro del *logos* humano, y dado el concepto de *lex*, leyes desde la óptica del derecho romano.**

b. El derecho natural: El espíritu de las Leyes

Los *principios informadores del paradigma restaurativo* encuentran su fundamento en el **derecho natural, que está inscrito en la naturaleza humana, en la conciencia del hombre**. El *derecho natural* es el ordenamiento jurídico que nace y se funda en la naturaleza humana, no debiendo su origen, por tanto, a la voluntad normativa de ninguna autoridad, como ocurre con el derecho positivo. **Es un conjunto de preceptos que se imponen al derecho positivo y que éste debe respetar**. El derecho positivo está establecido y sancionado, para cada tiempo y cada comunidad social, por la voluntad del legislador, que representa la voluntad social; por lo tanto, se trata de un derecho variable, contingente, mientras que **el derecho natural es un orden jurídico objetivo, no procedente de legislador alguno, que se impone a los hombres por su propia naturaleza; es objetivo e inmutable y conocido por la razón**.

Así pues, podemos observar como por encima del derecho positivo, dimanante de un legislador, existe un derecho independiente, que se justifica en la exigencia misma de reconocer el valor fundamental y original de la persona humana y colocarlo en el vértice de todo el sistema jurídico.

El carácter jurídico de los preceptos del derecho natural ha sido negado por las posturas positivistas. El *derecho natural* carece de positividad, por lo que debe, según los iuspositivistas, negarse su realidad o su carácter normativo, ya que la positividad es una característica esencial del derecho. Frente a esto como afirma el profesor Fernández-Galiano, hay que distinguir entre derecho concreto, históricamente dado, que requiere efectivamente vigencia o positividad, y el derecho como realidad esencial e intemporal. El derecho natural está vigente a través de los ordenamientos concretos que lo incorporan, por lo que habrá de afirmar su condición de tal derecho. El derecho natural es derecho, tanto por la estructura de sus normas (enunciados prescriptivos relativos a comportamientos) como por su obligatoriedad (el derecho natural es aceptado como objetivamente obligatorio).

Los principios del derecho natural se basan en la naturaleza humana. El derecho natural es el fundamento del derecho positivo o debería serlo, debiendo el derecho positivo subordinarse al derecho natural.

El derecho natural sirve al ordenamiento positivo de control y límite y además de complemento. El derecho natural justifica la existencia y obligatoriedad del positivo, pero no es éste una mera repetición del primero, ya que los preceptos naturales son universales, de lo que nace la exigencia de la existencia de un derecho positivo concreto y adaptado a cada sociedad en cada tiempo incorporando el valor de la justicia subyacente en estos principios naturales. Una expresión contemporánea del derecho natural se traduce con los derechos humanos fundamentales. Éstos se pueden definir según el profesor Fernández – Galiano, como aquellos de los que es titular el hombre, no por concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mismo hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana¹⁶⁹.

El fundamento de los derechos humanos se encuentra en el derecho natural. El derecho a la integridad física, a la libertad, etc. Constituyen una dotación jurídica básica igual para todos los hombres, por encima de toda discriminación. El origen de los derechos humanos no puede ser la Constitución, ni un convenio internacional, ya que esto implicaría que pueden ser suprimidos o modificados libremente por el legislador constituyente o por las autoridades firmantes de ese convenio. Por lo tanto, dejarían de ser derechos fundamentales intangibles. La teoría de los derechos fundamentales supone, cualquiera que sea la terminología empleada (derechos del hombre, derechos fundamentales, derechos naturales...) la existencia de un ordenamiento superior, el derecho natural, que es su fundamento y justificación. Por tanto, las leyes naturales son innatas, inviolables e inalienables; por su significación profunda, son anteriores y superiores al derecho positivo. Aristóteles ya distinguía la ley natural o propia de todos los hombres y la ley propia o positiva, peculiar de un determinado grupo social.

Santo Tomas de Aquino (1225-1274) consolidó la doctrina del derecho natural. Así Tomás de Aquino nos dice que hay tres clases de leyes o de sistemas jurídicos que derivan jerárquicamente el uno del otro: la ley eterna es la razón divina que gobierna al mundo físico y moral, y no puede ser conocida sino a través de sus manifestaciones; la ley natural es «la participación de la ley eterna en la criatura racional», y podemos conocerla con «la luz de la razón natural, por la que discernimos lo que es bueno y lo que es malo»; y la ley humana deriva racionalmente de la anterior para «disponer más parti-

¹⁶⁹ FERNÁNDEZ – GALIANO, A., *Curso de Derecho Natural*, Madrid, 1962.

cularmente algunas cosas». Esta ley natural, es universal e inmutable, y superior a las leyes humanas y se concreta en general en hacer el bien y evitar el mal, conocer la verdad sobre Dios y a vivir en sociedad.

En su obra la *Summa Theologiae*, **Santo Tomás de Aquino define la ley natural como «la participación de la ley eterna en la criatura racional»** y nos indica en la *Cuestión 94* que «Así como el ente es la noción absolutamente primera del conocimiento, así el bien es lo primero que se alcanza por la aprehensión de la razón práctica, ordenada a la operación; porque todo agente obra por un fin, y el fin tiene razón de bien. De ahí que el primer principio de la razón práctica es el que se funda sobre la noción del bien, y se formula así: *el bien es lo que todos apetecen*»¹⁷⁰. En consecuencia, el primer precepto de la ley es éste: **«El bien ha de hacerse y buscarse; el mal ha de evitarse»**. Y sobre éste se fundan todos los demás preceptos de la ley natural, de modo que cuanto se ha de hacer o evitar caerá bajo los preceptos de esta ley en la medida en que la razón práctica lo capte naturalmente como bien humano.

El Barón de Montesquieu denomina a esas primeras leyes que se deducen directamente de la naturaleza: **El Espíritu de las Leyes**, afirmando que «estas leyes son anteriores y superiores a las nuestras, y para que las nuestras, las positivas, sean justas deben ser conformes a ellas. Este es el espíritu o sentido en que deben estar hechas las leyes positivas»¹⁷¹. Por tanto el poder público debería quedar subordinado al orden moral en el cual se insertan los derechos naturales y el derecho positivo debería adecuarse al derecho natural para ser no sólo legal sino también legítimo.

El Papa Benedicto XVI en el acto organizado por el *Pontificio Consejo Justicia y Paz*, señala que **«la ley natural, inscrita por Dios en la conciencia humana, es un común denominador a todos los hombres y a todos los pueblos; es una guía universal que todos pueden conocer. Sobre esa base todos pueden entenderse»**¹⁷². Por otra parte, en el *Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz* de 2007 manifestó que «el reconocimiento y el respeto de la ley natural son también hoy la gran base para el diálogo

¹⁷⁰ DE AQUINO, T., *Suma de Teología*, Tomo III, Madrid, Ed. Biblioteca de Autores Cristianos, 1990.

¹⁷¹ FERNÁNDEZ, A., *Diccionario de Teología Moral*, Burgos, Ed. Monte Carmelo, 2005, pág. 796.

¹⁷² BENEDICTO XVI, *Pontificio Consejo Justicia y Paz*.

entre los creyentes de las diversas religiones, así como entre los creyentes e incluso los no creyentes»¹⁷³. La ley natural interpela nuestra razón y nuestra libertad, porque ella misma es fruto de verdad y de libertad: la verdad y la libertad de Dios. Los **derechos humanos coinciden en buena parte de su contenido con los *derechos naturales*, al tener su fundamento en el reconocimiento de la dignidad humana. Podemos decir que son una versión contemporánea de éstos, recogida en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (D.U.D.H.)**¹⁷⁴.

Asimismo, Benedicto XVI, dirigiéndose a la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el *60º Aniversario de la Declaración Universal*, señala que los derechos humanos contenidos en la Declaración Universal «**se basan en la ley natural inscrita en el corazón del hombre y presente en las diferentes culturas y civilizaciones.** Arrancar los derechos humanos de este contexto significaría restringir su ámbito y ceder a una concepción relativista, según la cual el sentido y la interpretación de los derechos podrían variar, negando su universalidad en nombre de los diferentes contextos culturales, políticos, sociales e incluso religiosos»¹⁷⁵. Así pues, la protección jurídica de los derechos humanos debe ser así una prioridad para cada Estado: **«La justicia es el objeto y, por tanto, también la medida de toda política. La política es más que una simple técnica para determinar los ordenamientos públicos: su origen y su meta están precisamente en la justicia, y ésta es de naturaleza ética».**

En consecuencia podemos afirmar que no puede existir un orden social o estatal justo si no se respeta la justicia, y la justicia sólo puede alcanzarse con un previo respeto a los derechos humanos y a la dignidad natural de cada hombre, de cada persona humana, con independencia de la fase de su vida en que se encuentre.

Actualmente vemos como prevalece en nuestra legislación el principio jurídico-positivo, de modo que la racionalidad de las leyes ya no está vinculada a la correspondencia de la norma con la naturaleza humana, con la dignidad humana, careciendo así nuestra sociedad de las más elementales exigencias de la moral natural: «Efectivamente,

¹⁷³ BENEDICTO XVI, *Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz*, 2007.

¹⁷⁴ Proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en París, mediante Resolución 217 a (III) el 10 de diciembre de 1948. Ver artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978.

¹⁷⁵ BENEDICTO XVI dirigiéndose a la Asamblea General de las Naciones Unidas, recordando expresamente el *60º Aniversario de la Declaración Universal*.

el derecho en cuanto a ordenamiento está constituido por el conjunto de normas y de relaciones que organizan los hombres en comunidad social pero ha habido una progresiva toma de conciencia de que ese ordenamiento se debe estructurar y continuamente perfeccionar teniendo presente que es precisamente la persona humana –y no el Estado– el fundamento y fin de la vida social. Sin embargo, paralelamente al desarrollo de esta antropología jurídica [...] se ha producido otro fenómeno [...] el **progresivo empobrecimiento ético de las leyes civiles, y por tanto, el empobrecimiento del valor pedagógico de esas mismas leyes, y la pérdida de su legitimidad y obligatoriedad moral**»¹⁷⁶.

En este sentido cabe destacar la relación necesaria entre derecho y moral: «La moral se ocupa del orden del hombre como persona: tiene como objeto el conjunto de exigencias que emanan de la estructura ontológica del hombre en cuanto a ser creado. El derecho se ocupa del orden social, tiene como objeto el conjunto de estructuras que ordenan la comunidad civil, la sociedad. **El derecho de una sana democracia debe tener en cuenta la estructura ontológica del ser humano con una visión trascendente del espíritu que las leyes civiles no pueden ignorar**»¹⁷⁷.

¹⁷⁶ HERRANZ, J., *La vía maestra del derecho*, Conferencia de inauguración del año judicial del Tribunal Metropolitano de Valencia (Cuadernos canónicos valentinos núm. 2), Valencia, Instituto Diocesano de Estudios Canónicos, 28 de enero de 2003, pág. 5.

¹⁷⁷ HERRANZ, J., *La vía maestra del derecho*, Conferencia de inauguración del año judicial del Tribunal Metropolitano de Valencia (Cuadernos canónicos valentinos núm. 2), Valencia, Instituto Diocesano de Estudios Canónicos, 28 de enero de 2003, pág. 8.

C. CARACTERÍSTICAS DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES

Estos *principios informadores* del nuevo paradigma tienen un carácter general y fundamental, ya que se refieren a la realidad social en su conjunto. Por su permanencia en el tiempo y universalidad de significado, constituyen un parámetro de referencia para la interpretación y la valoración de los fenómenos sociales. Dichos principios se caracterizan por *lo absoluto de sus exigencias, la universalidad de su validez y la inmutabilidad de su contenido*; representan la expresión de una justicia que se considera inalienable e imprescriptible: *inalienable* porque tales principios no son enajenables, ya que no se pueden transmitir a otro; *imprescriptible* porque no pueden prescribir o dejar de tener vigencia en ningún momento. Representan así el marco moral que toda legislación debería respetar.

Su Santidad, Juan Pablo II en su segunda visita a Naciones Unidas, el 5 de octubre de 1995, recordó que: «existen realmente unos **derechos humanos universales, enraizados en la naturaleza de la persona, en los cuales se reflejan las exigencias objetivas e imprescindibles de una ley moral universal**. Lejos de ser afirmaciones abstractas, estos derechos nos dicen más bien algo importante sobre la vida concreta de cada hombre y de cada grupo social. Nos recuerdan también que no vivimos en un mundo irracional o sin sentido, sino que, por el contrario, hay una lógica moral que ilumina la existencia humana y hace posible el diálogo entre los hombres y entre los pueblos»¹⁷⁸.

Benedicto XVI en relación a la *indivisibilidad de los derechos humanos* señala que: «La Declaración fue adoptada como un *ideal común* y no puede ser aplicada por partes separadas, según tendencias u opciones selectivas que corren simplemente el riesgo de contradecir la unidad de la persona humana y, por tanto, la indivisibilidad de los derechos humanos». Y dirigiéndose a la Asamblea General de las Naciones Unidas, recordando expresamente el *60° Aniversario de la Declaración Universal*, señala que «los derechos humanos son presentados cada vez más como el lenguaje común y el sustrato ético de las relaciones internacionales. Al mismo tiempo, la *universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos sirven como garantía para la salvaguardia de la dignidad humana*. Sin embargo, es evidente que los derechos re-

¹⁷⁸

JUAN PABLO II, segunda visita a Naciones Unidas, el 5 de octubre de 1995.

conocidos y enunciados en la Declaración se aplican a cada uno en virtud del origen común de la persona, la cual sigue siendo el punto más alto del designio creador de Dios para el mundo y la historia»¹⁷⁹.

D. FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES

En primer lugar cabe destacar la función de los principios informadores de interpretación y aplicación de las normas jurídicas puesto que los principios informadores tienen un carácter orientador de la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Suministran una base lógica que contribuye a la comprensión de las normas. En el caso de duda respecto al significado concreto de una norma los principios informadores nos dan una correcta orientación de la interpretación y aplicación de la misma.

En segundo lugar, los principios informadores tienen una función orientadora y ética del ordenamiento jurídico. Desde una dimensión axiológica, los principios informadores pueden entenderse como postulados éticos que deben inspirar el ordenamiento jurídico, bien porque se mencionen expresamente o bien porque se entienda que el sistema se basa en ellos. En la medida de que trata de regular la conducta de los miembros de un grupo, trata de orientar sus comportamientos.

En tercer lugar, cabe destacar la función de los principios informadores de resolución pacífica de los conflictos. Los principios informan la correcta resolución pacífica de los conflictos, a través del proceso restaurativo, beneficiando así a víctimas, delinquentes y a la sociedad en general.

¹⁷⁹ BENEDICTO XVI dirigiéndose a la Asamblea General de las Naciones Unidas, recordando expresamente el *60° Aniversario de la Declaración Universal*.

E. CLASIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES

Del resultado de las investigaciones realizadas podemos distinguir dos tipos de principios informadores del nuevo paradigma:

- a) Los principios fundamentales del paradigma restaurativo, también denominados *principios restaurativos* que *constituyen las orientaciones centrales del sistema*
- b) Los principios fundamentales del proceso restaurativo o *principios procesales restaurativos*, entre los que destacan los principios propuestos por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas denominados *Los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal* de 2002¹⁸⁰.

a. Los principios fundamentales del paradigma restaurativo

Los principios fundamentales del paradigma restaurativo, también denominados *principios restaurativos*, que analizaremos a continuación son: el principio de la caridad, de la dignidad humana, de la humanidad de las penas, de la restauración, del bien común, de la solidaridad y de la subsidiaridad.

Dichos principios fundamentales constituyen los verdaderos pilares del nuevo paradigma. Estos principios han de ser apreciados en su unidad, conexión y articulación, nunca tomarlos por separados, ya que entre ellos existe una interconexión que los hace necesarios entre sí. Esto no quiere decir que cada uno no tenga importancia en sí mismo, sino que para una visión integral de la persona y del mundo, es necesario que se den todos ellos.

¹⁸⁰ U.N.O.D.C. (Office on Drugs and Crime. United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006.

1. El principio de la caridad

La *caridad* según el *Diccionario de la Real Academia Española* es «**aquella virtud teologal por la cual se ama a Dios sobre todas las cosas por Él mismo y al prójimo como a nosotros mismos por amor de Dios**»¹⁸¹, considerándose por tanto, una de las tres virtudes teologales junto con la fe y la esperanza. La caridad tiene por frutos el gozo, la paz y la misericordia; exige la práctica del bien y la corrección fraterna; suscita la reciprocidad; es amistad y comunión.

Santo Tomás de Aquino profundiza en *la caridad* en su obra la *Summa Theologiae*, en concreto en el *Tratado de la Caridad, Cuestiones 23 a 46*: «**El amor es el primero de nuestros afectos, raíz y regla de todas nuestras acciones**; la amistad es la forma más elevada de amor y la caridad es una forma de amistad del hombre con Dios»¹⁸². Estas afirmaciones fundamentales las encontramos en el comentario de Santo Tomás a los *Libros de las Sentencias*, de Pedro Lombardo, una obra primeriza (1254-1256) y vemos como permanecen en la *Suma*, su obra de madurez.

Así en la *Cuestión 23 La caridad en sí misma* y concretamente en el *Artículo 3 La caridad ¿es virtud?* nos dice que «La caridad es una virtud que, cuando nuestro afecto es rectísimo nos une a Dios, con la cual le amamos»¹⁸³. En el *Artículo 4 ¿Es virtud especial la caridad?* Nos dice que «La caridad está enumerada entre las virtudes especiales, a saber, la fe y la esperanza, según la Escritura: *Ahora permanecen tres: la fe, la esperanza y la caridad* (1 Corintios 13,13). En consecuencia, la caridad es virtud especial»¹⁸⁴. Por tanto, podemos ver como el amor de caridad es un amor especial y de ahí que la caridad sea una virtud especial, la caridad se extiende por tanto al campo de las demás virtudes y todas las virtudes dependen de ella.

¹⁸¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª, Madrid, Ed. R.A.E, 2014.

¹⁸² DE AQUINO, T., *Suma de Teología*, Tomo III, Madrid, Ed. Biblioteca de Autores Cristianos, 1990, pág. 201.

¹⁸³ *Ibidem*, pág. 216.

¹⁸⁴ *Ibidem*, pág. 217.

En el Artículo 6 *¿Es la caridad la más excelente de las virtudes?* Santo Tomás remitiéndonos a 1 Corintios 13, 13 nos dice que si, siendo más excelente que la fe y la esperanza puesto que llega a Dios en sí mismo. Y no puede darse verdadera virtud sin la caridad conforme establece en el Artículo 7 *¿Puede haber verdadera virtud sin la caridad*¹⁸⁵ siendo el amor el acto principal de la caridad. Por tanto, **la caridad es la raíz, madre y forma de todas las virtudes**, sin la cual ninguna es verdaderamente virtud y gracias a la cual lo son todas. En el orden de la perfección, la caridad precede a las otras virtudes teologales puesto que por la caridad Dios lo une a sí mismo y lo transforma afectivamente en El. La caridad tiene por frutos el gozo, la paz y la misericordia. En la Cuestión 28 en el Artículo 1 *¿Es el gozo efecto de la caridad en nosotros?* podemos ver como la respuesta al respecto es afirmativa¹⁸⁶.

En las Sagradas Escrituras, en concreto en *Corintios 13,4-7*, podemos ver la grandeza de la caridad en el *Himno al amor cristiano*¹⁸⁷: «El amor es paciente, es amable, no es envidioso, ni fanfarrón, no es orgulloso ni destemplado, no busca su interés, no se irrita, no apunta las ofensas, no se alegra de la injusticia, se alegra de la verdad. Todo lo aguanta, todo lo cree, todo lo espera, todo lo soporta»¹⁸⁸. Con ello San Pablo se está refiriendo al término griego *ágape* cuyo origen y finalidad trasciende a los otros amores humanos como *eros* o *philia*. Término que hoy encontramos desvirtuado puesto que muchos consideran que se refiere a dar limosna al necesitado perdiendo así el término toda su fuerza puesto que la caridad realmente requiere el don de toda la persona, al ser el amor el principio fundamental de la vida.

¹⁸⁵ DE AQUINO, T., *Suma de Teología*, Tomo III, Madrid, Ed. Biblioteca de Autores Cristianos, 1990, pág. 220.

¹⁸⁶ DE AQUINO, T., *Suma de Teología*, Tomo III, Madrid, Ed. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1990, pág. 272.

¹⁸⁷ Himno al Amor Cristiano: A los términos griegos corriente de «eros» o «philia» ha preferido Pablo uno menos frecuente, «ágape» pues canta al amor que el Espíritu de Dios, de Jesucristo, infunde en el cristiano y la cristiana (Romanos. 5,5).

¹⁸⁸ SHÖKEL, L.A., *La Biblia de Nuestro Pueblo*, Santander, Ed. Sal Terrae, Mensajero, 2011, pág. 2115.

En *Mateo 22,37-40*, se hace mención a cómo alcanzar la caridad: «**Amarás al Señor tu Dios con todo tu corazón, con toda tu alma y con toda tu mente**». Este es el **precepto más importante; pero el segundo es equivalente: Amarás al prójimo como a ti mismo**»¹⁸⁹.

Así pues, el *principio de caridad*, se traduce en la conocida «**Regla de Oro**» expuesta en *Mateo 7,12*: «**Tratad a los demás como queréis que os traten a vosotros. En esto consiste la Ley y los profetas**»¹⁹⁰. En *Lucas 6,31* también se hace referencia a la Regla de Oro, enseñanza que aparece dentro de la enseñanza sobre el *amor hacia los enemigos*: «Y como queréis que hagan los hombres con vosotros, así también haced vosotros con ellos»¹⁹¹. Regla de Oro, que de una manera u otra se encuentra en el código ético de todas las religiones y culturas. En el judaísmo aparece expresada negativamente «no hagas a otro lo que no quieres que te hagan a ti»¹⁹².

Por otra parte, en *Mateo 5,48*, se establece: «**Sed Santos como vuestro Padre del Cielo es Santo**»¹⁹³. Se hace referencia así a la nueva ley, la ley del amor instaurada por Jesús, un nuevo estilo de vida basado en la caridad, que brota no de la obligación sino del encuentro con el amor. **Ese encuentro y conocimiento de Dios no viene por vía intelectual, dogmática, doctrinal, sino que surge de la práctica del amor y la justicia. Es en esa práctica donde *El que es* se manifiesta, donde se experimenta el Amor**. En las Sagradas Escrituras se hace mención a que conocieron a Dios y se relacionaron de hecho con Él aquellos que *atendieron misericordiosamente a los necesitados*. Conocieron a Dios porque practicaron la justicia; su positiva relación con Dios era práctica, no intelectual o teórica.

¹⁸⁹ SHÖKEL, L.A., *La Biblia de Nuestro Pueblo*, Ed. Sal Terrae, Mensajero, Santander, 2011, pág. 1810.

¹⁹⁰ *Ibidem*,...pág. 1769.

¹⁹¹ *Ibidem*,... pág. 1890.

¹⁹² BALLESTEROS, J., *Dignidad humana y diálogo interreligioso*, 2012.

¹⁹³ SHÖKEL, L.A., *La Biblia de Nuestro Pueblo*, Santander, Ed. Sal Terrae, Mensajero, 2011, pág. 1766.

2. El principio de la dignidad humana

El término *dignidad* significa algo que es valioso, lo que es estimado o considerado por sí mismo, y no en función de otra cosa. La dignidad humana radica en el valor interno e insustituible que le corresponde al hombre en razón de su ser. El ser humano es una persona de naturaleza racional y libre, por tanto con voluntad. De ahí nacen todos los derechos humanos. Las diferencias físicas, raciales y culturales no pueden ser motivo para excluir a nadie ni tener un trato diferente, ya que a pesar de esas diferencias, que en realidad son enriquecedoras, somos iguales en dignidad. Una educación bien orientada será aquella en la que se respete la dignidad de la persona y se enseñe a tomar conciencia de la misma.

En el *Preámbulo* de la Carta de las Naciones Unidas podemos observar como «se afirma implícitamente que la violación de los derechos humanos es una de las causas de las guerras: un mundo en paz tendría que ser también un mundo respetuoso de los derechos»¹⁹⁴. Al respecto, cabe destacar que la humanidad se unió para reconocer la dignidad de la persona humana, en la *Carta de las Naciones Unidas*, firmada en San Francisco, el 26 de junio de 1945, cuyo *Preámbulo* establece: «Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, **en la dignidad y el valor de la persona humana**, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad»¹⁹⁵.

¹⁹⁴ CONTRERAS F., RAMIS R., CARPINTERO F., BELLVER V., GALLEGU E., *El Sentido de la Libertad. Historia y vigencia de la idea de Ley Natural*, Barcelona, Ed. Stella Maris, 2014, pág. 228.

¹⁹⁵ MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, INSTITUTO DE LA MUJER (Coord. DURÁN Y LALAGUNA, P., VENTURA FRANCH, A.) (Colaboradores BERNARD MONFERRER, E., BURGOS GINER, M^a A., COLLADO MATUTANO, L., GARCÍA CAMPÁ, S., GARCÍA GUMBAU, E., GARRIGUES GIMÉNEZ, A., SENENT VIDAL, M^a J., SEVILLA MERINO, J., SOLER VILAR, A.) *Legislación Internacional, Europea, Constitucional y Administrativa en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Madrid, Ed. Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, (Serie Documentos), número 37, 2004, pág. 20.

La dignidad humana es como la piedra angular de todo el edificio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que comienza con estas palabras: «**El reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables constituye el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz en el mundo**». Libertad, justicia y paz eran los tres grandes valores humanos que había que recuperar de una vez para siempre.

En el párrafo quinto del *Preámbulo*, se pone de manifiesto que «en la Carta, los pueblos de las Naciones Unidas han proclamado de nuevo su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de los hombres y de las mujeres, y se han declarado resueltos a favorecer el progreso social y a instaurar mejores condiciones de vida dentro de una libertad mayor».

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, podemos afirmar que *reconoce los derechos que proclama, no los otorga*, ya que son inherentes a la persona y a su dignidad.

La *Carta Encíclica Pacem in Terris*, de Su Santidad Juan XXIII, *sobre la paz en todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad* se refiere a la D.U.D.H. al referirse a la Organización de las Naciones Unidas estableciendo: «En dicha Declaración se reconoce solemnemente a todos los hombres sin excepción **la dignidad de la persona humana** y se afirman todos los derechos que todo hombre tiene a buscar libremente la verdad, respetar las normas morales, cumplir los deberes de la justicia, observar una vida decorosa y otros derechos íntimamente vinculados con éstos»¹⁹⁶.

Su Santidad Juan Pablo II, en el Mensaje para la celebración de la Jornada Mundial de la Paz en 1999, *El Secreto de la Paz verdadera reside en el respeto de los derechos humanos*, manifiesta: «**2. La dignidad de la persona humana es un valor transcendente, reconocido siempre como tal por cuantos buscan sinceramente la verdad.** En realidad, la historia entera de la humanidad se debe interpretar a la luz de esta con-

¹⁹⁶ S.S. JUAN XXIII, *Carta Encíclica Pacem in Terris, sobre la paz en todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad*.

vicción. Toda persona, creada a imagen y semejanza de Dios (cf. Gn 1, 26-28), y por tanto radicalmente orientada a su Creador, está en relación constante con los que tienen su misma dignidad. Por eso, allí donde los derechos y deberes se corresponden y refuerzan mutuamente, la promoción del bien del individuo se armoniza con el servicio al bien común». Asimismo manifiesta que «La Declaración tiene como premisa básica **la afirmación de que el reconocimiento de la dignidad innata de todos los miembros de la familia humana, así como la igualdad e inalienabilidad de sus derechos, es el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz en el mundo**»¹⁹⁷.

Por tanto, los derechos humanos se presentan hoy día como una de las vías de acceso a la dignidad de la persona, y como cauce necesario para su promoción en la sociedad y la instauración de la justicia y la paz en todos los niveles.

3. El principio de humanidad de las penas

El principio de humanidad es uno de los principios esenciales en el paradigma restaurativo y se encuentra en el origen mismo del nuevo movimiento. Significa «devolver al delincuente su dignidad de ser humano y el reconocimiento de que la acción del Estado debe dirigirse a todos»¹⁹⁸.

El principio de humanidad de las penas pone el acento en la valorización humana; la vigencia de los derechos humanos y los principios y valores del Estado democrático de derecho. Este principio es aquel que justifica que la pena y el tratamiento restaurativo deben ser humanos para ayudar a crecer al delincuente y convertirlo en mejor persona. Este principio nos indica que el ser humano debe ser tratado humanamente en toda circunstancia a través de la protección de vidas y aliviando el sufrimiento, al mismo tiempo que se asegura el respeto del individuo. El principio de humanidad engloba el humanitarismo, la moralidad, el desarrollo, los derechos humanos y la seguridad de las personas. Por ello, constituye una de las principales fuentes del derecho internacional en general y del derecho internacional humanitario en particular.

¹⁹⁷ S.S. JUAN PABLO II, en el Mensaje para la celebración de la *Jornada Mundial de la Paz* en 1999, *El Secreto de la Paz verdadera reside en el respeto de los derechos humanos*.

¹⁹⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Los principios informadores del Derecho Penal*, 1999, Madrid, Ed. Colex, pág. 72.

Este principio de humanidad de las penas, según la doctrina está inspirado en la obra de Cesare Beccaria¹⁹⁹, *Tratado de los delitos y de las penas* de 1774²⁰⁰.

Jesús Ballesteros²⁰¹ en su obra *Repensar la Paz* nos dice que «La violencia aparece como negación del respeto debido a la persona humana que queda reducida a un ser al que cabe explotar, humillar o eliminar». Por ello, «La vigencia de los derechos humanos por encima de las diferencias culturales, así como de los principios y valores de los Estados democráticos de derecho es la mejor forma para lograr la paz. Ello implica recuperar la dimensión de humanidad»²⁰².

La *Declaración Universal de Derechos Humanos* en su artículo 5 establece que «nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes»²⁰³.

¹⁹⁹ Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria (Milán, 15 de marzo de 1738 - ibídem, 28 de noviembre de 1794), fue un literato, filósofo, jurista y economista italiano, y padre de Giulia Beccaria, quien a su vez fue madre de Alessandro Manzoni. Ligado a los ambientes ilustrados milaneses, formó parte del círculo de los hermanos Pietro y Alessandro Verri, colaboró con la revista *El Café* y contribuyó a fundar la *Accademia de los Puños* (*Accademia dei Pugni*). Estimulado por Alessandro Verri, protector de los encarcelados, se interesó por la situación de la justicia. Sus influencias principales fueron de John Locke, Montesquieu, Claude-Adrien Helvétius y Étienne Bonnot de Condillac.

²⁰⁰ BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, Traducción al español por D. Juan Antonio de las Casas, edición de 1774, Madrid, Ed. D. Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M.

²⁰¹ D. Jesús Ballesteros es un jurista y filósofo español, nacido en Valencia en 1943. Obtuvo el Premio Extraordinario de Licenciatura en Derecho en 1965, y de Doctorado, en 1971 con una tesis sobre Giuseppe Capogrossi defendida en la Universidad de Valencia. Desde 1983 es catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política en la Facultad de Derecho de esta universidad. Durante estos años ha compaginado su actividad docente con la investigación. Ha dirigido 21 tesis doctorales y 39 tesinas, todas ellas juzgadas con las máximas calificaciones. Ha sido ponente en varias decenas de congresos nacionales e internacionales en Alemania, Colombia, España, Italia y México. Es miembro de la Sociedad Española de Filosofía jurídica y política y de la Sociedad Española de Bioética, del Consejo Asesor de las revistas *Anuario de Derechos Humanos*, *Persona y Derecho*, *Cuadernos de Bioética*, *Ragion Pratica*, *Rivista di Filosofia del Diritto* y *Teoria del diritto e dello Stato*. La mesa *Humanidad y derecho: ser, valor y praxis jurídica* (Special Workshop) en la IVR XXVII World Congress on the Philosophy of Law and Social Philosophy (Washington DC, julio-agosto 2015) estuvo inspirada en buena medida en su pensamiento.

²⁰² BALLESTEROS, J., *Repensar la paz*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2006., pág. 107 y 108.

²⁰³ MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, INSTITUTO DE LA MUJER (Coord. DURÁN Y LALAGUNA, P., VENTURA FRANCH, A.,) (Colabor. BERNARD MONFERRER, E., BURGOS GINER, M^a A., COLLADO MATUTANO, L., GARCÍA CAMPÁ, S., GARCÍA GUMBAU, E., GARRIGUES GIMÉNEZ, A., SENENT VIDAL, M^a J., SEVILLA MERINO, J., SOLER VILAR, A.,) *Legislación Internacional, Europea, Constitucional y Administrativa en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Madrid, Ed. Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, (Serie Documentos), número 37, 2004, pág. 31.

La *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, que tiene la intención de hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en todo el mundo, define la tortura como: «todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia».

La Convención establece la siguiente excepción: «no se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas». La Convención sostiene también que «Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona».

Este principio está consagrado en nuestro Texto Fundamental, la Constitución Española de 1978 en su artículo 15 cuando declara abolida la pena de muerte y prohíbe las penas y tratos inhumanos y degradantes. También lo encontramos en los arts. 1 y 3 de nuestra Ley General Penitenciaria.

4. El principio de la restauración

El *principio de la restauración* es uno de los principios esenciales del nuevo paradigma. *Restaurar* del latín «Restaurare», significa «**volver al estado original**, recuperar o recobrar, reparar algo del deterioro que ha sufrido, renovar o volver a poner algo en el estado o estimación que antes tenía»²⁰⁴.

Por tanto, la finalidad de la solución a un conflicto no solo debe de tener como objetivo resolver el conflicto con relevancia jurídica existente entre las partes, sino que debe tener como objetivo que *las relaciones personales deben de restablecerse en la misma dinámica en la cual se encontraban hasta que se les presentó el conflicto*.

5. El principio del bien común

En relación al principio del bien común, cabe destacar que como indica el profesor Ginés Marco²⁰⁵ «El concepto de “bien común” tiene un largo recorrido que abarca toda la historia de la filosofía social y política, pues no en vano ha sido concebido desde Aristóteles en el Libro IV de la *Política*, en el que esboza el *telos* al que deben tender los regímenes políticos. Posteriormente, Santo Tomás-con su doctrina sobre el *bonnum commune* desarrollada en los Tratados sobre la Ley y la Justicia contenidos en la *Summa Theologiae* – lo situó en el centro de las deliberaciones que articulan la vida en la comunidad política»²⁰⁶

El *bien común* podemos decir que es un concepto que hace referencia a aquello de lo que se benefician todos los ciudadanos o que implica que los sistemas sociales, instituciones y medios socioeconómicos funcionen de modo que beneficien a todos. Es por tanto, un concepto relacionado con los fines últimos de la persona y los fines de toda la creación. Podríamos definirlo como «el conjunto de condiciones de la vida social que

²⁰⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. 23ª, Madrid, Ed. R. A. E. Madrid. 2014

²⁰⁵ D. Ginés Sebastián Marco Perles es Profesor de Antropología y Ética de la Universidad Católica de Valencia, Decano de la Facultad de Filosofía, Antropología y Trabajo Social, y de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir. Autor de numerosas publicaciones ha sido en diversas ocasiones condecorado por su labor docente.

²⁰⁶ MARCO PERLES, G.S, «“Bien común” e “interés general” en la retórica de los poderes públicos: ¿Conceptos intercambiables?» *Anuario Filosófico*, XLII/3 (2009), pág. 615.

hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección».

El *bien común* es una responsabilidad de todos los ciudadanos y especialmente de las instituciones, por lo que debemos buscarlo por responsabilidad correlativa con los otros miembros de la sociedad, corresponsabilidad que también nos da derecho a gozar de las condiciones de vida social que resultan de la búsqueda del mismo.

Podríamos considerar que este concepto implica el hecho de poder vivir y convivir con las demás personas en un estado de total armonía, puesto que nos corresponde a todos velar por el bienestar en general, tanto de las personas con las cuales tratamos directamente como con las relaciones que sostenemos con otros indirectamente. Una sociedad que, en todos sus niveles, quiere positivamente estar al servicio del ser humano es aquella que se propone como meta prioritaria el bien común, en cuanto bien de todos los hombres.

En definitiva, podríamos decir que son cuatro los elementos que constituyen el bien común: 1.- Las condiciones sociales de paz, justicia y libertad; 2.- Un conjunto de bienes materiales, educativos, religiosos; 3.- Equidad en el reparto de esos bienes; y 4.- Una adecuada organización social.

El bien común correctamente entendido, cuyas exigencias no deberán en modo alguno estar en contraste con la tutela y la promoción del primado de la persona y de sus principales expresiones sociales, deberá permanecer como el criterio de discernimiento acerca de la aplicación del principio de subsidiariedad²⁰⁷.

²⁰⁷ www.vatican.va/.../rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html

6. El principio de la solidaridad

Uno de los principios fundamentales del nuevo paradigma restaurativo es el *principio de la solidaridad*, que junto con el principio de la caridad, de la dignidad humana, de la humanidad de las penas, de la restauración, del bien común y de la subsidiariedad constituyen los verdaderos pilares del paradigma de justicia restaurativa.

El principio de solidaridad surge de la naturaleza social del hombre. Esta condición del hombre que nace, vive, crece y se desarrolla en sociedad le da también un sentido de finalidad: el hombre está orientado de forma inmediata al servicio de los demás. En el orden práctico este servicio se hace realidad en el ejercicio de la profesión, la búsqueda del bien común y la atención a los más necesitados.

El principio de solidaridad se puede enunciar así: cada persona ha de contribuir al bien común según sus posibilidades, de acuerdo con los diferentes estratos del bien común. Y tiene derecho a recibir de los demás todo lo que necesita para vivir y desarrollarse, si por justas causas él mismo no puede adquirir lo necesario. A este derecho corresponde una obligación que, según se trate, corresponde a los padres, a la familia, a las asociaciones intermedias y finalmente al estado.

El principio de solidaridad tiene por objeto, en primer lugar, el bien común, y la obligación de contribuir a él; es un deber de justicia que cada persona debe cumplir según su propia capacidad y en atención a la necesidad ajena, promoviendo y ayudando a las instituciones tanto públicas como privadas.

La contribución al bien común tiene diversas características que deben ser tomadas en consideración: a) La capacidad real de cada persona para contribuir con su trabajo, investigación, su cuidado por la naturaleza y por el medio ambiente, la observancia de las normas civiles, su contribución económica a través de los impuestos, etc. b) La obligación de atender a las necesidades ajenas y a mejorar las condiciones de los demás es tanto mayor cuanto más fundamentales sean esas necesidades²⁰⁸.

208

www.vatican.va/.../rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html

7. El principio de la subsidiariedad

Uno de los principios fundamentales del nuevo paradigma es el *principio de la subsidiariedad*. Desde el punto de vista etimológico, el concepto de *subsidiariedad* se origina de la palabra latina «subsidium», que significa «ayuda, apoyo, protección». *Subsidiariedad* según el *Diccionario de la Real Academia Española* significa: «1. Calidad de subsidiario. 2. Tendencia favorable a la participación subsidiaria del Estado en apoyo de las actividades privadas o comunitarias».

Por otra parte, el principio de subsidiariedad se define como un «criterio que pretende reducir la acción del estado a lo que la sociedad civil no puede alcanzar por sí misma»²⁰⁹.

El principio de subsidiariedad es un principio de la filosofía social, con fundamento antropológico, que ya encontramos implícito en las enseñanzas de Aristóteles²¹⁰, en su obra de filosofía política, *La Política* (en griego Πολιτικά, en latín *Politica*)²¹¹, al ver «en la sociedad política una sociedad global compuesta de sociedades menores, es decir, no estamos ante una simple unión de individuos, sino un conjunto orgánico de familia y de otros grupos intermedios. A la comunidad global le corresponde respetar la autonomía de los otros grupos ejerciendo una acción de suplencia respecto de ellos, cuando se muestren deficientes»²¹².

En concreto, dentro del Libro Primero *De la sociedad civil. De la esclavitud. De la propiedad. Del poder doméstico*, en el Capítulo Primero *Origen del Estado y de la sociedad*, nos dice:

²⁰⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Ed. R.A.E. 2014.
²¹⁰ Filósofo y científico griego (384-322 a.C.) que comparte junto a Platón y Sócrates la distinción de ser los filósofos más destacados de la antigüedad. Nacido en Estagira (Macedonia), hijo de un médico de la corte real, Aristóteles se trasladó a Atenas a los 17 años para estudiar en la Academia de Platón. Permaneció en esta ciudad unos 20 años, primero como estudiante y más tarde como maestro.

²¹¹ *La Política* es una obra de filosofía política escrita por Aristóteles. Al final de la obra *Ética a Nicómano*, Aristóteles expresa que la investigación sobre la ética se deduce necesariamente en la política.

²¹² DE AZCÁRATE, P., *Obras de Aristóteles*, Biblioteca filosófica. Vol. 3, Madrid, 1873, *Aristóteles. Política*. Obras de Aristóteles, puestas en lengua castellana por D. Patricio de Azcárate, socio correspondiente de la Academia de Ciencias Morales y Políticas y de la Academia de la Historia. Madrid [1873].

«La sociedad es un hecho natural. – Elementos de la familia; el marido y la mujer, el señor y el esclavo. – El pueblo se forma mediante la asociación de familias. – El Estado se forma mediante la asociación de pueblos: es el fin de todas las demás asociaciones: el hombre es un ser esencialmente sociable. – Superioridad del Estado sobre los individuos; necesidad de la justicia social.»

Las enseñanzas de Aristóteles fueron reiteradas por Santo Tomás en su obra *Sententia Libri politicorum (Comentario a La Política de Aristóteles)*²¹³. Así, Tomás de Aquino defiende la tesis de que «cada nivel de ser tiene su responsabilidad y sus potencialidades, las cuales deben ser respetadas y aprovechadas».

El principio de subsidiariedad se trata también en el *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, el Capítulo IV dedicado a *Los Principios de la Doctrina Social de la Iglesia*, en su apartado IV *El Principio de Subsidiariedad*, en el apartado 185, estableciendo que: «Es imposible promover la dignidad de la persona si no se cuidan la familia, los grupos, las asociaciones, las realidades territoriales locales, en definitiva, aquellas expresiones agregativas de tipo económico, social, cultural, deportivo, recreativo, profesional, político, a las que las personas dan vida espontáneamente y que hacen posible su efectivo crecimiento social. Es éste el ámbito de la *sociedad civil*, entendida como el conjunto de las relaciones entre individuos y entre sociedades intermedias, que se realizan en forma originaria y gracias a la «subjetividad creativa del ciudadano. La red de estas relaciones forma el tejido social y constituye la base de una verdadera comunidad de personas, haciendo posible el reconocimiento de formas más elevadas de sociabilidad»²¹⁴.

En el apartado 186 se hace referencia a que «La exigencia de tutelar y de promover las expresiones originarias de la sociabilidad es subrayada por la Iglesia, fue formulado por Su Santidad Papa Pio XI en la *Carta Encíclica Quadragésimo anno*²¹⁵ sobre la restauración del orden social en perfecta conformidad con la ley evangélica al celebrarse el 40º Aniversario de la Encíclica *Rerum Novarum* de León XIII, promulgada el

²¹³ DE AQUINO, T., *Sententia Libri politicorum, Comentario a La Política de Aristóteles*, 11,5.

²¹⁴ *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*
www.vatican.va/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html

²¹⁵ La Encíclica *Quadragésimo anno* de Pio XI retoma las ideas de León XIII, quien en la Encíclica *Rerum Novarum*, 40 años antes formuló los principios de la Doctrina Social de la Iglesia Católica.

15 de mayo de 1931, en la que el principio de subsidiaridad se indica como principio importantísimo de la *filosofía social*. «Como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyéndose un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero sin destruirlos y absorberlos»²¹⁶.

Se continúa diciendo en este apartado: «Conforme a este principio de subsidiariedad, todas las sociedades con un mayor desarrollo, deben ponerse en una actitud de ayuda (subsidium), es decir, de apoyo, promoción y ayuda al desarrollo respecto a las menos favorecidas. De este modo, los cuerpos sociales intermedios pueden desarrollar adecuadamente las funciones que les competen, sin deber cederlas injustamente a otras agregaciones sociales de nivel superior, de las que terminarían por ser absorbidos y sustituidos y por ver negada, en definitiva, su dignidad propia y su espacio vital».

El *apartado 187* nos dice que «El principio de subsidiariedad protege a las personas de los abusos de las instancias sociales superiores e insta a estas últimas a ayudar a los particulares y a los cuerpos intermedios a desarrollar sus tareas. Este principio se impone porque toda persona, familia y cuerpo intermedio tiene algo de original que ofrecer a la comunidad».

«Con el principio de subsidiariedad contrastan las formas de centralización, de burocratización, de asistencialismo, de presencia injustificada y excesiva del Estado y del aparato público: «Al intervenir directamente y quitar responsabilidad a la sociedad, el Estado asistencial provoca la pérdida de energías humanas y el aumento exagerado de los aparatos públicos, dominados por las lógicas burocráticas más que por la preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de los gastos». La ausencia o el inadecuado reconocimiento de la iniciativa privada, incluso económica, y de su función pública, así como también los monopolios, contribuyen a dañar gravemente el principio de subsidiariedad. «Es por esto que a la actuación del principio de subsidiariedad co-

²¹⁶ PAPA PIO XI Encíclica *Quadragesimo anno*, 79.

responden: el respeto y la promoción efectiva del primado de la persona y de la familia; la valoración de las asociaciones y de las organizaciones intermedias, en sus opciones fundamentales y en todas aquellas que no pueden ser delegadas o asumidas por otros».

Y el *apartado 188* nos dice que en «Consecuencia de la subsidiariedad es la participación, que se expresa, esencialmente, en una serie de actividades mediante las cuales el ciudadano, como individuo o asociado a otros, directamente o por medio de los propios representantes, contribuye a la vida cultural, económica, política y social de la comunidad civil a la que pertenece. La participación es un deber que todos debemos cumplir conscientemente, en modo responsable y con vistas al bien común».

Desde esta perspectiva, se hace imprescindible tener en cuenta los siguientes requisitos sin los cuales la subsidiariedad no llegaría a ser un beneficio para todos, sino una forma más de dominio del fuerte hacia el débil:

- a) la exigencia de favorecer la participación, sobre todo, de los más débiles;
- b) la alternancia de los dirigentes políticos, con el fin de evitar que se instauren privilegios ocultos;
- c) un fuerte empeño moral, para que la gestión de la vida pública sea el fruto de la corresponsabilidad de cada uno con respecto al bien común.

Es por ello que en la Carta Encíclica del Sumo Pontífice Benedicto XVI sobre el desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad, *Caritas in Veritate*, de 7 de julio de 2009, dentro del Capítulo V titulado *La colaboración de la familia humana*, en el *punto 58* establece: «El principio de subsidiariedad debe mantenerse íntimamente unido al principio de la solidaridad y viceversa, porque así como la subsidiariedad sin la solidaridad desemboca en el particularismo social, también es cierto que la solidaridad sin la subsidiariedad acabaría en el asistencialismo que humilla al necesitado»²¹⁷.

²¹⁷ BENEDICTO XVI, Carta Encíclica *Caritas in veritate*, 58, 2009.

El *principio de subsidiariedad* que se encuentra en la base misma de la sociedad de la civilización latina²¹⁸ permite a cada hombre participar plenamente en la vida social, siempre sólo en los niveles y ambientes donde sea capaz de desempeñarse para su propio perfeccionamiento y para el bien común. De esta manera, la civilización latina soluciona el problema de la relación entre el hombre y la sociedad, estableciendo una armonía entre ambos e impidiendo que el hombre sea absorbido por la sociedad y que el Estado tome formas totalitarias e imposibilitando que este mismo hombre se encierre en un individualismo egoísta, buscando de parte del Estado sólo la protección y ayuda, pero olvidándose de su deber de buscar el bien común y contribuir honestamente al desarrollo de la sociedad. En la civilización latina no se admite ni el totalitarismo ni el individualismo.

Pues bien, el protestantismo, rechazando la civilización latina, abre los caminos para la vuelta al individualismo, que descompone la sociedad, y al totalitarismo, que en vano busca la posibilidad de reforzar al Estado, descompuesto por el individualismo. Desde el momento en que el hombre deja de ser considerado por el Estado como persona (tal como la concibe la civilización latina) y es tratado como individuo; desde el momento en que este hombre-individuo, perdiendo la fe cristiana, no ve otra finalidad de su vida sino vivir para el Estado, este Estado, tomando en la vida humana el lugar de Dios y siendo por el hombre deificado, se transforma en el peor de los tiranos, tomando las formas totalitarias.

En la civilización latina se da prioridad al espíritu frente a la materia, a lo eterno frente a lo temporal, a la religión frente al Estado, lo que no significa que el Estado deba estar subordinado a la Iglesia. Algunas tendencias al respecto no venían de los principios de la civilización latina, sino, más bien, del hecho histórico accidental (que confundía a muchos) de que, durante muchos siglos, el Papa al mismo tiempo desempeñó²¹⁹.

²¹⁸ PORADOWSKI, M., *Sociología del Protestantismo III*, «El protestantismo como reacción de la civilización germánica contra la civilización latina», pág. 848.

²¹⁹ PORADOWSKI, M., «El protestantismo como reacción de la civilización germánica contra la civilización latina», *Sociología del Protestantismo III*, pág. 848.

b. Los principios básicos del proceso restaurativo

A la luz de las investigaciones realizadas consideramos que existen una serie de *principios fundamentales de todo proceso restaurativo*, objeto de estudio en el Capítulo V dedicado al *Proceso Restaurativo* y que son básicamente el principio de participación comunitaria, el de voluntariedad, formalidad, especialización, economía, prevención general y especial de la pena.

Asimismo, cabe destacar en este sentido *Los principios básicos de las Naciones Unidas sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal*²²⁰. En Agosto del 2002, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta la Recomendación N° R. (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre *la mediación en asuntos penales*²²¹, adoptó la Resolución 2002/12 convocando a los Estados Miembros que se encuentran implementando programas de justicia restaurativa a hacer uso de *Los Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal* de Naciones Unidas de 2002, en cuyo *Preámbulo* se destaca: «Consciente de que este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa; permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad: y permite a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia»²²².

²²⁰ U.N.O.D.C. (Office on Drugs and Crime. United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006.

²²¹ Adoptada por el Comité de Ministros el 15 de septiembre de 1999, durante la 679ª reunión de los Delegados de los Ministros.

²²² U.N.O.D.C. (Office on Drugs and Crime. United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], «Anexo II. Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Utilización de los Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de las Naciones Unidas de 2002», *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006, pág. 99 y ss.

CAPITULO III

LAS FUENTES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

A. LA JUSTICIA INDÍGENA

En relación a la investigación en torno a las fuentes de la *justicia restaurativa* cabe destacar que uno de los enfoques que ha contribuido a la aparición de este nuevo movimiento restaurativo tiene sus orígenes en la sabiduría de la cultura indígena en Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda y la mayoría de culturas tribales en el mundo, que partiendo de su esencia se ha ido desarrollando y perfeccionando, presentándose como una alternativa al sistema judicial tradicional, conocido como *justicia retributiva*²²³.

La *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*²²⁴ abrió importantes espacios para la *justicia indígena* entendiendo que la conforman «el conjunto de normas basadas en valores y principios culturales propios, con procedimientos y prácticas propias que regulan la vida social en la comunidad».

Procedemos a continuación a exponer las obras que más han profundizado en la sabiduría indígena así como los diferentes programas que se basan en la justicia indígena, dada la influencia que esta visión tiene en el marco del nuevo *paradigma restaurativo*.

El éxito que revelan las investigaciones realizadas en torno al *paradigma restaurativo* en términos especialmente de reincidencia nos permite afirmar que nos encontramos ante un paradigma que poco a poco va saliendo a la luz y que ofrece un futuro prometedor²²⁵.

²²³ CHINCHILLA FERNANDEZ, M., *Justicia Restaurativa en Costa Rica. Instauración de la Justicia Restaurativa en el Ministerio Público de Costa Rica. Principales Retos*, San José, Ed. Iustel, Costa Rica, 2009.

²²⁴ Resolución 61/295 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas.

²²⁵ MERINO ORTIZ, C. y ROMERO ANTÓN C., «Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo», *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 12, San Sebastián, 1998, pág. 285.

a. La obra *The origins of Restorative Justice* de May Leung

May Leung en *The Origins of Restorative Justice* profundiza en el análisis de las fuentes de este movimiento de *justicia restaurativa* señalando que «los grupos aborígenes de todo el mundo, tienen culturas diferentes, creencias y prácticas pero entre las bases de estas diversas culturas, creencias y prácticas existen una serie de similitudes»²²⁶ que han influido en el movimiento de la denominada *justicia restaurativa*.

b. La investigación del enfoque indígena de Rupert Ross

Rupert Ross²²⁷ fue enviado en 1992 como asistente del Fiscal de la Corona a la Dirección de Justicia Aborigen de Canadá²²⁸ y durante tres años viajó desde el Yukón hasta Isla de Cabo Bretón con la finalidad de explorar los enfoques indígenas de la justicia y la cultura tradicional. En el transcurso de sus investigaciones en las que se observa de forma notable la experiencia y la sabiduría de los integrantes más ancianos de la tribu, Ross descubrió que *la educación y la sanación son las piedras angulares del pensamiento indígena y de su justicia*: «La idea central en el pensamiento indígena es que la comisión de actos que entendemos como delictivos se deben a una conducta no aceptada por el grupo, que requiere educación o bien se debe a una enfermedad que requiere sanación. En síntesis esta idea contrasta con la esencia que sustenta el sistema de justicia occidental de que el delincuente es una persona cuya conducta es desviada respecto del derecho positivo, y por tanto, sus actos deben ser castigados»²²⁹.

Rupert Ross en su obra *Returning to the Teaching: Exploring Aboriginal Justice*, profundiza en las bases de la cultura indígena y basándose en su experiencia apoya los propósitos y las prácticas de la justicia indígena en términos de *enseñanza y curación de todas las partes implicadas para restaurar a los individuos, familias y comunidades*

²²⁶ LEUNG, M., *The Origins of Restorative Justice*, <http://www.cfcj-fcjc.org/full-text/leung.htm>.

²²⁷ Rupert Ross ha pasado más de 20 años como Fiscal de la Corona en Canadá.

²²⁸ Canadá ha sido habitado por los pueblos aborígenes alrededor de 24.500 años antes de Cristo en el territorio del Yukón. Los primeros canadienses fueron los antepasados de los amerindios que llegaron atravesando el estrecho de Bering antes del 20 000 a. C., durante las últimas glaciaciones del Pleistoceno, hacia el 8000 a. C. Las tribus indias ya se repartían el territorio de Canadá, en el nordeste micmac, beothuk, cree y ojibwa, al sur iroqueses y hurones, al oeste de los Grandes Lagos los indios de las llanuras (pies negros) y en el oeste tingii, kwakiutl, haida, tsimshian y salish.

²²⁹ ROSS, R., *Dancing with a Ghost: Exploring Indian Reality*, Penguin Books, Toronto, 1.992.

dado los beneficios que suponen esas enseñanzas para la sociedad. Las técnicas principales de resolución de conflictos son el diálogo y la comunicación, la enseñanza y la sanación. Por ello, una recuperación de la esencia de las antiguas enseñanzas y valores indígenas puede lograr una mayor sanación en comunidades actuales devastadas por la violencia doméstica y el desorden social para crear una sociedad más madura, responsable y segura²³⁰.

Estas experiencias de Ross con las *Comunidades de las Primeras Naciones*²³¹ especialmente los *Cree*²³² y *Ojibwa*²³³ en el Noroccidente de Ontario, le fueron mostrando

²³⁰ ROSS, R., *Returning to the Teaching: Exploring Aboriginal Justice*, Penguin Books, Toronto, 1.996.

²³¹ Las *Naciones Originarias de Canadá* (en inglés: *First Nations*, en francés: *Premières nations*), también conocidas por su traducción literal de estos idiomas como *Primeras Naciones de Canadá* son la denominación moderna de los *pueblos indígenas* (y sus descendientes) de Canadá excluyendo a los inuit y métis. En Canadá, se representan por la Asamblea de las Naciones Originarias. En Yukón la gran mayoría de la población forma parte de las Primeras Naciones. En 1991 se firmó un acuerdo territorial entre 7.000 representantes de catorce pueblos indígenas diferentes y el gobierno federal; desde entonces, cada *nación* de forma particular debe negociar sus reclamaciones específicas de tierras y de autogobierno. En noviembre de 2005, 11 de las 14 Primeras Naciones han firmado acuerdos con el gobierno. A continuación se ofrece una lista de las 14 Primeras Naciones:

1. Primeras Naciones de Carcross/Tagish – en Carcross.
2. Primeras Naciones de Champagne y Aishihik – en Haines Junction.
3. Primera Nación de Na-cho Nyak Dun – en Mayo.
4. Primera Nación de Kluane – en Burwash Landing.
5. Primera Nación de Kwanlin Dun – en Whitehorse.
6. Primera Nación de Liard – en Watson Lake.
7. Primera Nación de Little Salmon/Carmacks – en Carmacks.
8. Consejo de Ross River Dena – en Ross River.
9. Primera Nación de Selkirk – en Pelly Crossing.
10. Consejo de Ta'an Kwäch'än – en Whitehorse.
11. Consejo de Teslin Tlingit – en Teslin.
12. Tr'ondëk Hwëch'in – en Dawson City.
13. Primera Nación de Vuntut Gwitchin – en Old Crow.
14. Primera Nación de White River – en Beaver Creek.

²³² Los *Cree* forman un grupo nativo norteamericano de más de 200.000 individuos, lo que lo convierte en uno de los mayores grupos de Canadá. Viven en Quebec, Ontario, Manitoba, Saskatchewan y Alberta. La mayoría de los *Cree* eran indios de los bosques orientales, mientras que los que viven en Saskatchewan y el sur de Alberta eran indios de las praderas. Aunque la mayoría de los miembros *Cree* hablan francés o inglés, o ambos, muchos miembros de la tribu hablan su propio idioma Cree. Las madres *Cree* llevan a menudo a sus hijos usando tablas de cuna en la espalda. Las mujeres *Cree* suelen ocuparse de los niños y de construir la casa de su familia. También recolectan hierbas y plantas para comer o usar como medicamento. Los miembros del bosque *Cree* generalmente vivían en chozas hechas con corteza de abedul. Los *Cree* de los llanos vivían en tiendas o tee pees (tradicionalmente lo escriben como "tipis"); mientras los *Crees* de los llanos fueron generalmente nómadas, los *Crees* de los bosques generalmente eran sedentarios. Las chozas y tiendas no se utilizan actualmente como lugar para vivir, pero se utilizan a menudo en asuntos relacionados con fines ceremoniales.

²³³ Los *Ojivwe* (también conocidos como ojibwa, ojibway o chippewa) es uno de los grupos de nativos americanos más grandes del continente junto a los Cherokee y los Navajo. Se encuentran en la misma proporción, en Canadá (en Ontario) y en Estados Unidos (en Wisconsin y Minnesota). Al haber estado principalmente asentados alrededor de *Sault St. Marie* en las inmediaciones del lago

como nuestro sistema occidental retributivo no produce la sanación ni ayuda a prevenir el daño a las personas y a las comunidades y que quizá la incorporación en la justicia occidental de los principios basados en la cultura indígena con las necesarias adaptaciones serían mucho más beneficiosos por el efecto sanador que producen tanto en la víctima y en el delincuente como en el tejido social dañado²³⁴.

El autor de *Returning to the Teaching: Exploring Aboriginal Justice* gracias a sus experiencias descubrió los límites de los dos sistemas y las formas que necesitan para su interrelación. La lectura de su obra evidencia que es consciente de la disfuncionalidad acumulada de las comunidades aborígenes atrapadas en los sistemas jurídicos, económicos y políticos dominantes.

Sobre la base del análisis de Ross, los conceptos clave de la justicia en las culturas tradicionales indígenas se basan en las siguientes enseñanzas:

1. En primer lugar, las enseñanzas y tradiciones tribales sintetizan la aplicación de la *justicia restaurativa*, en el entendimiento de las formas de vida de las personas como métodos prácticos que promueven la armonía en la comunidad: *no hay razón para la generación de conflictos cuando la gente vive feliz y se siente bien con su comunidad*. Este sentimiento de serenidad es enseñado a los niños desde pequeños mediante la tradición oral. Por este motivo la dimensión de la justicia restaurativa es cultural y amplia: no se centra en delitos solamente, sino que es una filosofía, una forma de vida y de resolución pacífica de conflictos²³⁵.

Los modelos occidentales de la justicia comienzan con la premisa de que *no habrá conflictos*, mientras que las nociones indígenas de la justicia *en la presunción de que la gente en las comunidades desea vivir bien juntos*. Como dice un antiguo proverbio africano *quien educa es la tribu entera*. Los niños desde muy pequeños reciben estas

Superior, los franceses se referían a ellos como los *saulteurs*. Los *ojibwe* que se mudaron a las provincias en las praderas siguen llamándose *saulteaux*. Los que originalmente vivían alrededor del río Mississagi y posteriormente se mudaron al sur de Ontario, son conocidos como los *mississaugas*.

²³⁴ ROSS, R., *Returning to the Teaching: Exploring Aboriginal Justice*, Penguin Books, Toronto, 1.996.

²³⁵ BACH, K., *Justicia Restaurativa: Antecedentes, significado y diferencias con la Justicia Penal*, http://www.justiciarestaurativa.com/Revista_Historia.htm.

enseñanzas, bien a través de la tradición oral de la narración o bien de un comportamiento adecuado de conducta y acciones por parte de los adultos y los ancianos.

El término justicia, desde esta perspectiva, significa *mostrar a los malhechores el camino correcto en la vida, en lugar de tratar de castigar al individuo por el acto en particular*. De hecho, el término justicia no puede ser directamente traducida a muchos idiomas aborígenes. *El buen vivir* es la denominación que se ha dado al concepto de felicidad de los pueblos indígenas. Mientras que el sistema occidental impone el criterio de que la felicidad se consigue acumulando mucho dinero, los indígenas consideran que felicidad es vivir satisfactoriamente.

2. La noción de *justicia restaurativa* en estas comunidades demuestra que todas las cosas en el universo parten de la interconexión de las relaciones humanas, incluyendo lo físico y lo espiritual. Ejecutándolas, se construyen relaciones sanas, base del desarrollo armónico de la sociedad. Cuando una persona realiza un hecho que está considerado *inadecuado* por la comunidad, la relación se rompe y por ende, necesita ser saneada, no sólo por el infractor, sino por la sociedad, y las víctimas. Ellas establecen conjuntamente un plan de resarcimiento material y espiritual, que no sólo incluye a la víctima y al ofendido, sino al círculo de sus familiares y el grupo social. El amor a la naturaleza que siente el hombre indígena le lleva a considerar que la naturaleza es su Madre y por ello la adoran, la respetan y cuidan²³⁶.

²³⁶ Una carta de Eagle (águila blanca) nos muestra la cultura indígena: «Los indígenas pertenecen a una civilización antigua, y su concepción del mundo en aquel tiempo difería mucho de la moderna. Yo les enseñaba a percibir la Creación como un organismo integral y a respetar a cada forma de vida. Yo les enseñaba a vivir y a actuar impecablemente en la Tierra, sin violar la armonía, el equilibrio y la belleza de aquello que les rodeaba. Desde la niñez temprana un indígena aprendía a escuchar y a comprender el mundo a su alrededor: el sol, las estrellas, el viento, el bosque, el río, los animales... Él aprendía a vivir siguiendo las leyes de la naturaleza y se daba cuenta de que la violación de éstas causa dolor injustificado a otros seres. ¡Era fácil enseñar a los indígenas! Pues ellos, a diferencia de los europeos modernos, no eran *prisioneros* de sus casas de piedra y de sus ideas sobre la estructura del mundo. Los indígenas se sentían como una parte inalienable de la naturaleza; su casa eran los bosques infinitos, las montañas rocosas, los lagos azules y las cascadas. ¡El estado de unión con la naturaleza era muy natural para ellos! Cruzando un río en una piragua, caminando por senderos montañosos y boscosos, un indígena se sentía uno con el viento, con el agua, con las montañas y con las aves. Desde la niñez él sabía que su cuerpo no es nada más que un fragmento pequeño del mundo de la materia, que no es más importante que los pinos que susurran con sus copas, que el viento que lleva las nubes o que las ardillas que retozan en los árboles o los peces que nadan en las agua».

3. De acuerdo con las enseñanzas tradicionales las personas tienen diferentes percepciones de la verdad, y de los hechos ocurridos. Desde esta perspectiva, la verdad tiene más que ver con *la reacción de cada persona y su sentido de participación en los hechos en cuestión, porque eso es lo que es verdaderamente real para ellos.*

4. En las enseñanzas de los aborígenes, el liderazgo no radica en el poder jerárquico que se impone sobre los otros, sino en la habilidad de expresar los sentimientos de las personas y la confianza de la moral como acuerdo cultural. De esta manera, ningún individuo cuenta con la capacidad moral de decir lo que los otros deben hacer. Las familias y las comunidades son quienes toman las decisiones y la responsabilidad direccional de los hechos que están mal, y que han sido afectados por la conducta. De ahí el concepto de *Sentencias Circulares.*

Nos encontramos ante lo que podíamos llamar *comunitarismo* puesto que no tienen el criterio que existe en el mundo civilizado de que hay gente que manda y gente que obedece. Donde hay indígenas hay *comunidad indígena* y es ella la que manda, la deformación es mínima considerando la corrupción que existe fuera de ellas. En las asambleas los acuerdos son tomados por consenso, todos son escuchados, contrariamente a lo que sucede en el mundo civilizado en el que ostenta el poder una minoría.

Por tanto, las enseñanzas expuestas con anterioridad nos muestran como gracias a *la sabiduría de los ancianos de la tribu* para resolver pacíficamente los conflictos *no se opera de modo jerárquico sino de forma colectiva* atendiendo a las necesidades de todas las partes implicadas en el conflicto.

5. En las enseñanzas tradicionales también se establece que todo está en constante cambio. Adicionalmente, no puede haber un concepto de justicia uniforme, ya que todo está constantemente cambiando y corresponde a ciclos y patrones culturales. La justicia implica mirar más allá del acontecimiento real y determinar cómo el cambio se puede efectuar de una manera positiva. Esta noción de la justicia es fundamentalmente diferente a la manera occidental de entender la justicia.

Estas enseñanzas que acabamos de exponer y que responden a las investigaciones realizadas por Rupert Ross están relacionadas entre sí y operan para formar las bases fundamentales de la justicia aborígena. Al respecto cabe destacar que estas enseñanzas no son los únicos principios de las culturas aborígenes pertinentes a la administración de justicia en las comunidades tradicionales y que dichas enseñanzas se centran en las comunidades aborígenes que fueron objeto de estudio y que aún conservaban sus raíces gracias a la *sabiduría de los ancianos de la tribu* puesto que muchas comunidades aborígenes en la actualidad han perdido parte o la totalidad de estas raíces.

a. Programas basados en la sabiduría indígena

La reflexión en torno a los beneficios de estas enseñanzas ha llevado a que recientemente se hayan adoptado en algunos países *programas de justicia* basados en la sabiduría de la cultura indígena que están contribuyendo a reformar el sistema de justicia tradicional. Estos programas surgen en Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda y dado que la realidad de estos países y el sistema de justicia instaurado en los mismos tiene peculiaridades propias cabría reflexionar si siendo evidentes los efectos beneficiosos que estos programas tienen para víctimas, delincuentes y para la sociedad en general sería posible con todas las correcciones y adaptaciones que se estimen necesarias instaurarlo en nuestro entorno.

Brevemente vamos a exponer los programas restaurativos más importantes basados en la sabiduría indígena, que son:

- ◆ Las Sentencias en Círculo y los Círculos de Sanación que han surgido en Canadá.
- ◆ El Tribunal Pacificador Navajo de Estados Unidos
- ◆ Las Conferencias de Grupos Familiares de Nueva Zelanda

1. Sentencias Circulares y Círculos de Sanación.

La *Ley Constitucional de 1982* de Canadá establece en su artículo 35.1 que se reconocen y confirman «los derechos existentes» - ancestrales y dimanantes de los Tratados – de los pueblos aborígenes²³⁷, y en su artículo 35.2 que «por los pueblos aborígenes de Canadá» se entiende los indígenas, los inuits y los métis de Canadá²³⁸.

El término *indígenas* también llamados *nativos, primeras naciones o poblaciones originarias*, designa colectivamente a todos los pueblos aborígenes de Canadá que no son inuits ni métis. En Canadá existen tres categorías de indígenas: indígena de estatuto legal (indígena inscrito), indígena sin estatuto legal (indígena no inscrito) e indígena sujeto a un tratado²³⁹.

Los *inuits* son los pueblos aborígenes del Ártico canadiense y viven principalmente en Nunavut²⁴⁰, en los Territorios del Noroeste y en el Norte de Quebec y Labrador²⁴¹. La palabra inuit significa pueblo en el idioma de los *inuits*, el inuktitut. Los *inuits* no están cubiertos por la *Ley relativa a los indígenas*, ley federal canadiense promulgada por primera vez en 1976 y modificada posteriormente en varias ocasiones, sin embargo, en 1939, la Corte Suprema de Canadá dictaminó que el término «indígena» del artículo 91. 24 de la *Ley Constitucional de 1987* incluía a los *inuits*.

²³⁷ El término *aborigen* se viene utilizando desde 1980 y es lo que entendemos como *indios* –así están denominados en la Constitución de Canadá–, en los que se engloba a los pueblos abenaki, akaitcho, algonquino, anishinaabe, athapaskan, atikamekwa, blackfoot, cayuse, chippewa, colville, cowichan, cree, deh cho, ditidaht, dogrib, dunneza, gitksan, gwich'in, haida, haisla, heitsuk, hurón-wendat, iroquois (onondaga, cayuga, seneca, oneida, tuscarona y mohawk), kaska, katzie, ktunaxa, kutchin, kwantlen, kwakiutl, lubicon cree, malecita, micmac, montagnais, musqueam, naskapi, nacho nyak dun, nakoda, nicola, nisga'a, nuxálk, odawa, ojibway-chippewa, okanagan, oneida, palus, potawatomi, shatu, sinixt, st'at'imc, tahlтан, tanana, tasltine, tlingit, tsimshian, tsuu t'ina, walastakwewinowok, wasco, wishram, yakima y yupik.

²³⁸ Ministro de Obra Pública y Servicios Gubernamentales de Canadá: *La resolución de reivindicaciones aborígenes: Guía práctica de las experiencias canadienses*, Ottawa, 2003, pág. 1

²³⁹ Ministro de Obra Pública y Servicios Gubernamentales de Canadá: *La resolución de reivindicaciones aborígenes: Guía práctica de las experiencias canadienses*, Ottawa, 2003, pág. 41

²⁴⁰ Nunavut es el territorio creado en el Norte de Canadá el 1 de abril de 1999, a raíz de la división en dos de los antiguos territorios del noroeste. El término *Nunavut* significa *nuestra tierra* en inuktitut. Los *inuits*, cuyos antepasados habitan estas tierras desde hace miles de años forman el 85% de la población del Nunavut.

²⁴¹ Los *inuits* siempre han vivido al norte del límite de la vegetación arbórea, en la región delimitada al oeste por el delta del Mackenzle, al este por la costa del Labrador, al sur por el extremo meridional de la bahía de Hudson y al norte por las islas del Gran Ártico.

Los *métis* es la palabra francesa para *mestizo*. La Constitución canadiense reconoce a los *métis* como uno de los tres pueblos aborígenes.

En Canadá, la idea de los enfoques alternativos a la justicia en las comunidades aborígenes se inició en el Yukón, territorios del Noroeste, Ontario y Manitoba. Actualmente existen numerosos *proyectos de justicia restaurativa* inspirados en la cultura indígena en todo Canadá. Estos programas ofrecen alternativas al sistema tradicional basado en la justicia retributiva²⁴².

1.1. Primeros casos de Sentencias Circulares

El Magistrado Cunliffe Barnett fue uno de los primeros magistrados en iniciar la participación comunitaria en la resolución judicial, dando lugar a las denominadas *Sentencias en Circulo o Sentencias Circulares*. El primer caso de Sentencia en Círculo lo encontramos en 1978, cuando «un joven de 14 años en lugar de ser enviado a la prisión, por recomendación de su tío fue enviado a una isla remota. El tío del adolescente estaba convencido de que en la isla su comportamiento cambiaría más que en prisión. El adolescente durante los ocho meses que estuvo en la isla cambió de vida y finalmente se convirtió en un líder de la comunidad»²⁴³. Esta experiencia llevó al Magistrado Barnett a plantearse si realmente las penas de prisión tienen más probabilidad de consolidar a un criminal que de ayudarlo a cambiar y ser útil en la sociedad así como de desarrollar un sentimiento de amor al prójimo y a la sociedad. El Magistrado Barnett considera que la *consulta a la comunidad* en las Sentencias Circulares es necesaria y beneficiosa para todas las partes integrantes en el conflicto y para la sociedad en general, dado que se considera que la comunidad es la primera responsable en la prevención y solución del conflicto.

²⁴² GRIFFITHS, TC, «Sanación y curación: la justicia restaurativa en las comunidades aborígenes del Canadá», *Revista Internacional de Estudios Comparados y Aplicada de justicia penal*, Canadá, 1996, pág. 195 a 202.

²⁴³ CAYLEY, D., *The Expanding Prision: The Crisis In Crime And Punishment And The Search For Alternatives*, Toronto, House of Anansi, 1998.

El Magistrado Barry Stuart²⁴⁴, de la Audiencia Territorial de Yukón²⁴⁵, es otro de los magistrados que considera que *la participación de la comunidad* a través de este procedimiento es necesaria porque contribuye a crear un proceso en el cual el delincuente, sus familiares, amigos, miembros de la comunidad y las propias víctimas están involucrados para restablecer las relaciones mutuas.

El primer caso del establecimiento de la *Sentencia en Círculo* en el Tribunal Territorial de Yukón fue aplicado por el Magistrado Stuart en 1992 en un asunto en el que el delincuente *se declaró culpable de llevar un bate de béisbol con la intención de agredir a un Oficial de Policía*. En lugar de decretar la prisión, se invitó a familiares y amigos para hacer aportaciones a la Sentencia. Tanto los familiares como los amigos del delincuente querían ayudarlo a rehabilitarse por tanto el Magistrado acordó la libertad condicional durante un tiempo de dos años, con la condición de que el delincuente viviera en su hogar y recibiera tratamiento para el abuso del alcohol, con el *compromiso* de su familia y sus amigos de ayudarlo con dicho tratamiento. En el *Círculo* están todas las par-

²⁴⁴ STUART, B., Coautor de la obra: *Círculos de establecimiento de la paz: Desde el Delito a la Comunidad*. El Magistrado Stuart fue Presidente del Tribunal Territorial de Yukón, es miembro de numerosos Colegios de Abogados de Canadá, y un respetado líder internacional en la resolución de conflictos. Ha sido pionero en el uso de los círculos de paz para los procesos públicos en América del Norte durante los últimos veinte años. Sus intereses profesionales se han centrado siempre en la toma de decisiones, conflicto y resolución de conflictos así como en el diseño y desarrollo de la construcción de procesos de consenso. Ha sido también docente, mediador, facilitador del consenso y analista de políticas del gobierno. En la década de 1970, jugó un papel preponderante en la conformación de la legislación ambiental en Canadá.

²⁴⁵ La Corte Suprema de Yukón (SCY) en francés *Cour Supremo du Yukón*, es el Tribunal General con jurisdicción en asuntos civiles y penales en el territorio canadiense de Yukón. La Corte Suprema de Yukón está compuesto en la actualidad por dos jueces residentes, el Presidente del Tribunal, Sr. Ronald S. Veale y el Sr. Leigh F. Gower. Asimismo el Tribunal está compuesto por 9 jueces de los territorios del Noroeste y Nunavut, y 44 jueces suplentes de los jueces designados de todo Canadá. Un juez puede ser llamado de vez en cuando en los conflictos de interés que surgan con los jueces residentes o para resolver problemas de programación. Los Magistrados de la Corte Suprema de Yukón también son miembros ex officio de la Corte de Apelaciones de Yukón, de la Corte Territorios del Noroeste de Apelaciones y de la Corte Nunavut de Apelación y pueden ser llamados para actuar como jueces de apelación en cualquiera de los tribunales.

Las normas de procedimiento para la SCY se basan en los de la Corte Suprema de Columbia Británica. El Tribunal se basa en Whitehorse. La Corte Suprema se encuentra regularmente en Whitehorse y en otras comunidades del Yukón, según sea necesario. En general, es abierta al público. El acceso a determinados archivos, como los asuntos de derecho de familia, puede ser restringido por la política de la corte.

La Corte Suprema de Yukón es el tribunal de primera instancia en el territorio, con amplia jurisdicción para tratar una amplia gama de asuntos penales y civiles graves. El Tribunal Supremo tiene competencia exclusiva para celebrar los juicios con jurado y los casos de asesinato. También conoce de los recursos de ciertos juicios penales. El Tribunal Supremo también actúa como tribunal de apelación para los diversos tribunales y puede, en ciertas circunstancias, revisar judicialmente las decisiones de los tribunales administrativos. En materia de familia, la Corte Suprema de Yukón tiene autoridad para tomar las órdenes de custodia y de apoyo, para dividir los bienes matrimoniales, y conceder divorcios.

tes, es decir, el juez, el abogado, el fiscal, la víctima, el delincuente, los familiares de los mismos y los representantes de la comunidad. La discusión gira en torno a encontrar la mejor manera de dar solución al caso desde la perspectiva de la protección de la comunidad y la rehabilitación del delincuente.

Stuart nunca ha denominado a este procedimiento *Sentencia en Círculo* por creer que se puede entender que está formado exclusivamente por juristas. A pesar de eso, el hecho de que en esta práctica confluye tanto la comunidad como el sistema jurídico formal hace de este modelo uno de los más representativos de la justicia restaurativa. Gracias a los esfuerzos de los Magistrados como Barnett y Stuart, el sistema jurídico formal en las Comunidades del Norte de América ha despertado a la posibilidad de la instauración de las *Sentencias Circulares*.

La *Sentencia en Círculo* trata de curar a los afectados. Se trata de reparar las relaciones de ambas partes, víctima y agresor, rechazando la filosofía retributiva. Dicho proceso está destinado a sanar y a restaurar a la víctima, el delincuente y a la comunidad así como a promover las relaciones pacíficas entre ellos.

Este proceso de resolución de conflictos congrega a las personas de modo que se genera confianza, respeto, intimidad, buena voluntad, sentido de pertenencia, generosidad, solidaridad y reciprocidad entre ellas. Los *Círculos* disponen de mecanismos para crear un espacio que fomenta la comunicación y la comprensión mutua²⁴⁶. Es una invitación para cambiar uno mismo y su relación con la comunidad. Según Kay Pramis²⁴⁷, el éxito estriba en que reúne a las personas de manera que les permite verse unas a otras como seres humanos y dialogar sobre los asuntos que les son propios. La base de los *Círculos* es comprender que aún cuando creíamos que no tenemos nada en común a pesar de nuestras diferencias, somos capaces de comprometernos con una visión compartida.

²⁴⁶ REGGIO, F., *Giustizia Dialogica, Luci e ombre della Restaurative Justice*, Franco Angeli, 2010.

²⁴⁷ PRANIS, K. *Manual para facilitadores de círculos*, Ed. Conamaj. San José, Costa Rica, 2007. Especialista en justicia restaurativa. Planificó el programa de Justicia Restaurativa del Departamento Correccional de Minnesota desde 1994 hasta 2003. Trabajó seis años como directora de los servicios de investigación en el Consejo Ciudadano del Delito y Justicia. Ha escrito y presentado ponencias en los círculos establecimiento de la paz y la justicia reparadora en los Estados Unidos, Canadá, Australia y Japón. Ha llevado a cabo círculos en diferentes lugares, desde las escuelas hasta las prisiones.

Los estudios realizados respecto a la efectividad de las *Sentencias Circulares* han demostrado resultados positivos. En el estudio de Minnesota, los entrevistados reconocieron el hecho de que los *círculos* fomentan el vínculo entre los miembros que participan en el mismo. En líneas generales, se piensa que se trata de un proceso justo, dado que ofrece la posibilidad a cada persona de expresarse y todos los integrantes trabajan conjuntamente con la finalidad de encontrar una solución. Actualmente se están realizando estudios acerca de la duración del proceso y de la necesidad de una mayor formación de los participantes. En general, el proceso es considerado como un excelente modo de desarrollar relaciones y fortalecer las relaciones entre las participantes. El *círculo* es un proceso de justicia restaurativa que reúne a todas aquellas personas que desean resolver un conflicto en concreto, reconstruir vínculos, sanar, brindar apoyo, tomar decisiones o realizar otras acciones en las cuales la comunicación honesta, el desarrollo de los vínculos y el fortalecimiento comunitario son parte esencial de los resultados²⁴⁸. Los *círculos* presentan una alternativa a los procesos basados en la justicia retributiva y por tanto, basados en la jerarquía y enfoques bidimensionales, como el *ganar – perder, víctima – agresor*, dado que además de ofrecer un encuentro entre la víctima y el delincuente van más allá involucrando a la comunidad en el proceso de toma de decisiones.

Lo más significativo es que estos programas están basados en el respeto, honestidad y dignidad humana, con la finalidad de lograr la conciliación entre víctima y delincuente, abordando los problemas subyacentes que pueden haber conducido al delito y por tanto no ajustándose meramente a hechos cometidos en una fecha determinada. El delincuente en el *círculo* expresa por qué cometió el delito. La víctima tiene la oportunidad de ser escuchada y de explicar el impacto que tuvo el delito física y emocionalmente. Si bien los círculos varían de un lugar a otro de acuerdo con la adaptación que se haga a la cultura del mismo, involucran un complejo proceso que consta de múltiples etapas dirigidas a la resolución pacífica de conflictos.

²⁴⁸PRANIS, K., *Manual para Facilitadores de Círculos*, San José, Costa Rica, Ed. Conamaj, 2007.

Los *círculos* siguen el procedimiento que a través de una rica tradición oral se ha ido transmitiendo de padres a hijos durante generaciones. El *círculo* está basado en cuatro puntos²⁴⁹:

- ◆ Presentar públicamente los hechos en que se basa la acusación.
- ◆ Proteger a la víctima tratando de que el hecho cause la mínima disfunción a ella y a su familia.
- ◆ Tratar de que el delincuente asuma responsabilidad por su comportamiento.
- ◆ Proporcionar una oportunidad de restaurar el equilibrio entre las partes.

Una vez que se ha formado el círculo, los integrantes están en el mismo nivel de poder. El *círculo* funciona con la política del consenso, teniendo muy en cuenta la opinión de los ancianos – jefes dada su experiencia y sabiduría que inician el círculo con una oración. Cabe destacar en este punto que todas las religiones son toleradas. Los miembros del círculo examinan el comportamiento del delincuente, el daño producido a la víctima hasta llegar a un consenso acerca de la resolución judicial más conveniente. Acordado el consenso, el Juez se compromete a dictar la sentencia que el círculo ha recomendado. La etapa final consiste en círculos de apoyo que controlan el progreso del plan de acción. Si la persona es acusada o incluso ya ha sido sentenciada como culpable por los tribunales, la misma podrá pedir al Juez que derive su caso al sistema de sentencia circular. El Juez decide si procede o no teniendo en cuenta varios factores.

A través de *los círculos* se pueden resolver conflictos penales graves, como casos de agresión sexual o maltratos, no quedando este proceso circunscrito a delitos menos graves o faltas como por ejemplo la mediación penal. Eso sí, evidentemente para que fuera posible, se necesita un esfuerzo institucional y educacional complejo, puesto que son necesarias comunidades preparadas para asumir con éxito este ambicioso reto, por lo que nuestro anquilosado sistema legal tiene mucho que aprender de estas sociedades. El fin de la *Sentencia Circular* no radica en el acuerdo logrado, sino en el mismo proceso: la conciliación de intereses y la reconstrucción de las relaciones. Compartir el dolor y la esperanza, el respeto y comprensión en las discusiones del círculo, constituyen los

²⁴⁹ MERINO ORTIZ, C. y ROMERO ANTÓN C. «Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo», *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 12, San Sebastián, 1998, pág. 285.

primeros pasos para establecer nuevas relaciones entre la víctima y delincuente, familiares de ambos y la comunidad.

Lo cierto es que desde la comprensión de las sentencias circulares y su finalidad deberíamos plantearnos si sería posible instaurarlas en nuestro entorno. Sin duda, un mecanismo circular para adoptar una *resolución judicial* con una composición adecuada de profesionales incluyendo distintos profesionales especialistas en la materia puede ser muy beneficioso si está bien diseñado puesto que puede resolver el conflicto de fondo.

1.2. El Kwanlin Dun, Proyecto de Justicia Comunitaria

El *Kwanlin Dun* conocido como *Proyecto de Justicia Comunitaria* es otro de los programas restaurativos que se aplica en Canadá con resultados muy satisfactorios. El proceso consiste en una serie de pasos que se describen a continuación:

- ◆ El asunto es planteado por la policía para lograr la mediación.
- ◆ Se remite el caso al proyecto de justicia, cuya composición incluye necesariamente un anciano por su sabiduría en la cuestión, el coordinador de la víctima, el oficial de libertad condicional y miembros de la comunidad.
- ◆ El comité de justicia de la comunidad toma la decisión de aceptar o no la solicitud presentada. Si el caso es rechazado se abre la vía judicial. Si el caso es aceptado, el comité toma una decisión sobre cuándo, dónde y a quién incluir en la Sentencia Circular.
- ◆ Las conversaciones van dirigidas a la conciliación de ambas partes.
- ◆ La comunidad perdona al ofensor y hay una última fase de compromiso futuro de actuación.

Para que funcione este proyecto son fundamentales valores como *el respeto, la compasión, el perdón, la valorización humana, la espiritualidad y la integridad*. La reintegración del delincuente en la comunidad y el control de la condena por parte de ésta son fundamentales para el proceso. Hasta la fecha, este programa se ha ocupado de la mayoría de las formas de delitos, con excepción de homicidio y asesinato.

1.3. El Hueco del Agua de la Comunidad, Programa de Sanación Holística de Manitoba.

El *Hueco del Agua de la Comunidad, Programa de Sanación Holística de Manitoba* es un programa creado especialmente para tratar con problemas de abusos sexuales en el hueco de agua. Situado a 150 kilómetros al noreste de Winnipeg²⁵⁰, las comunidades enfrentan serios problemas de alcoholismo y abuso sexual, al igual que muchas comunidades de las Primeras Naciones en Canadá. Este programa tiene un enfoque terapéutico diseñado como respuesta para casos de abusos sexuales dentro de la familia de las comunidades aborígenes. El *contrato de curación* diseñado y firmado por todas las partes afectadas por el delito implica un compromiso futuro en beneficio de la sociedad. Al igual que con el *Kwanlin Dun Proyecto de Justicia*, el *Hueco del Agua de la Comunidad Holística*, es un programa que sólo acepta a los delincuentes que se han declarado culpables de los hechos cometidos y voluntariamente quieren someterse a estos programas, no obstaculizando por tanto el hecho de que tanto los delincuentes que se declaran inocentes como aquellos que lo prefieran acudan al sistema tradicional.

2. El Tribunal Pacificador Navajo

A principios de 1.980, después de muchas reformas, se dieron cuenta de que a pesar del uso de costumbres y tradiciones Navajo el proceso se seguía caracterizando por el hecho de que el juez dictaba las resoluciones. En 1982, la Conferencia Judicial de la Nación Navajo²⁵¹ estableció el Tribunal Pacificador como una alternativa a los cuatro Tribunales distintos de la Nación Navajo. El Tribunal pacificador tiene como fundamento el establecimiento de la paz²⁵². En la tradición Navajo, cuando una persona era víctima de un delito se *hacía una demanda sobre el autor para poner las cosas bien*. La demanda se conocía como *nalyeeh*, Si la víctima no podía conciliarse con el delincuente,

²⁵⁰ Winnipeg es la capital y la ciudad más poblada de la provincia de Manitoba, localizada en las praderas del oeste de Canadá.

²⁵¹ La *Nación Navajo* que abarca un territorio de 25.000 kilómetros cuadrados en los Estados de Arizona, Nuevo México y Utah, ha tenido su propio sistema de justicia hace mucho tiempo. Este sistema, sin embargo, se basa en la justicia al estilo occidental, con la familia y el clan siendo sustituida por la policía, abogados, jueces y tribunales. Los Navajos o Dine como ellos se llaman a sí mismos, que significa *el pueblo*, son la mayor tribu indígena de América del Norte.

²⁵² SIÓN, JW., *Justicia Restaurativa Navajo: La Ley de Igualdad y la Justicia* en Galaway B. y J. Hudson. Nueva York, Ed. Justicia Restaurativa Perspectivas Internacionales, Prensa de Justicia Penal, 1996, pág. 157.

un familiar suyo intervenía, y en caso contrario intervenía el líder respetado de la comunidad para resolver pacíficamente el conflicto.

En la actualidad dentro de las 110 comunidades Navajos²⁵³ hay más de 250 pacificadores. Los *pacificadores* son seleccionados sobre la base de su carácter demostrado, la sabiduría y la capacidad de hacer buenos planes para la acción comunitaria. El proceso real de paz implica a las partes a hablar sobre su problema y llegar a una solución. El proceso se inicia con una oración. Después de la oración, las partes exponen sus quejas en cuanto a los hechos, así como su impacto. Las partes en disputa, tanto a la víctima y el acusado, y sus familiares tienen la oportunidad de expresar sus sentimientos y pensamientos sobre el evento. Los valores tradicionales que se esconden en el *Tribunal Pacificador* son: la igualdad de todos los participantes, la necesidad de hablar las cosas, la oración y en especial, el papel de guía de los Ancianos, la necesidad de identificar los problemas de fondo, la necesidad de dar soluciones y de llegar a un consenso, la necesidad de restablecer y mantener la solidaridad y la necesidad de restaurar la comunidad, la familia y el bienestar individual y la armonía social.

²⁵³ Los *navajos* son una de las pocas tribus indígenas que no creen en un ser supremo. El *Navajo* no practica una religión organizada, sino que cree que las personas, los animales, las plantas, las montañas y la tierra están relacionados entre sí y cada uno imparte su propia forma espiritual, que le da a la vida y al universo un propósito y un significado. Para lograr su armonía de vida, los *navajos* se basan en los conceptos de la felicidad, la paz, la belleza y la justicia, usándolos en los cantos espirituales y canciones. Se rigen por un estricto código de conducta y una antigua tradición, llamada Hoz'ho, que apoya la *forma de vida de los navajo*.

La vida de los navajos se centra en vivir en armonía y mantener un equilibrio positivo entre la naturaleza y el Creador. Esto se logra mediante la combinación de *los cuatro sagrados*. Estos consisten en las cuatro direcciones: este, oeste, sur y norte; cuatro colores ceremoniales: blanco, amarillo, azul y negro; cuatro estaciones: primavera, verano, invierno y otoño; y cuatro montañas, en representación de los límites fundamentales de la Nación Navajo.

Los *navajos* creen que fueron colocados en tierras sagradas entre *cuatro montañas* consagradas por el Creador, que son los Picos de San Francisco en Arizona, Blanca Peak y Hesperus Peak, en Colorado y el Monte Taylor en Nuevo México. Históricamente, nunca han dejado esa tierra, creyendo que su Creador ha ordenado que permanezcan en las tierras sagradas.

La tradicional casa indígena de los *navajos* se llama *Hogan*: El techo tiene forma de cúpula, y el exterior está hecho de corteza de árboles, postes de madera y barro. Los postes representan las cuatro montañas sagradas. La entrada enfrenta el este en honor al sol naciente. Las secciones dentro del *Hogan* son representativas del universo. El techo redondo simboliza al *Padre Cielo* y el piso de tierra significa *Madre Tierra*. El *Hogan* se santifica y une a la familia *Navajo* a la tierra de su nacimiento. No pueden abandonarlo a menos que alguien muera dentro de él por otra causa que no sea vejez, o si es golpeado por un rayo.

3. Las Conferencias Restaurativas

En Nueva Zelanda, nos encontramos con las denominadas *Conferencias Restaurativas* o *Conferencia de Grupos Familiares*, constituyendo un programa de justicia restaurativa aprobado por el Gobierno de Nueva Zelanda en 1989 como alternativa voluntaria a la adjudicación formal, basada en las tradiciones de los maoríes, pueblo indígena de Nueva Zelanda. En la actualidad las conferencias de grupos familiares en Nueva Zelanda, es el proceso habitual de justicia, aplicándose en un 80% de todos los casos de delincuencia juvenil (entre 10 y 17 años). Los únicos casos que no son derivados a este sistema son las acciones muy graves como asesinato u homicidio. Dado el éxito en su aplicación se está valorando la ampliación del programa a delincuentes adultos. El programa se basa en la participación amplia de la familia y otras personas que tengan interés en el asunto. El proceso puede incluir hasta 30 participantes, incluidas la víctima, el delincuente y los familiares de ambos, agentes de policía, consejeros escolares y trabajadores sociales. El coordinador del programa prepara las sesiones, informa a los participantes antes del proceso y modera las discusiones durante las reuniones. La conferencia es bastante larga y no se centra únicamente en la víctima y el delincuente, sino que busca solucionar el conflicto.

Este proceso de *conferencia* se divide en tres etapas. *En primer lugar*, el oficial de policía describe el delito, realiza las presentaciones y hace una oración. Entonces, las víctimas y otras personas afectadas por el delito tienen la oportunidad de expresar sus emociones y contar sus historias. Los delincuentes suelen responder al reconocer los efectos de su delito y luego expresan remordimiento y vergüenza así como un sincero arrepentimiento. *En la siguiente fase*, el delincuente y sus partidarios establecen un plan de acción para el delincuente. *La tercera etapa* consiste en volver a convocar una conferencia para ver si las otras partes, en particular la víctima está de acuerdo con el plan propuesto. Si las partes están de acuerdo, la solución es vinculante para el delincuente y un trabajador de la juventud es asignado para supervisar el progreso del delincuente. Si el delincuente completa las acciones requeridas por el plan, la acusación en su contra es por lo general retirada. Sin embargo, si el infractor no cumple con el plan, un juez de menores es competente para tomar una determinación. Al igual que la sentencia círculo y el Pacificador Tribunal Navajo, el grupo de conferencias con la familia constituye uno de los programas restaurativos más eficaces.

La *conferencia* difiere de la mediación en muchos sentidos pero sobretodo en la participación más amplia para la solución del conflicto, puesto que además de las víctimas y los delincuentes también participan miembros de la familia de ambas partes y representantes de la comunidad. El sistema de Nueva Zelanda se basa en el beneficio para la comunidad y no precisamente para el sistema de justicia penal, aún así, es el método para solucionar la mayoría de los conflictos de los delincuentes juveniles.

d. Panteísmo y justicia restaurativa

Al analizar la sabiduría indígena como una de las posibles fuentes del nuevo *paradigma restaurativo* observamos sobretodo la extraordinaria relación que tienen los aborígenes con la naturaleza, el profundo respeto y amor que el hombre indígena²⁵⁴ siente por su Diosa Madre Naturaleza llegando a adorarla y creer que la naturaleza es Dios, encontrándonos así frente al *panteísmo*²⁵⁵ como creencia o concepción del mundo y doctrina filosófica según la cual el universo, la naturaleza y Dios son equivalentes. La ley natural, la existencia y el universo (la suma de todo lo que fue, es y será) se representa por medio del concepto teológico de «Dios». La palabra está compuesta del término griego πᾶν (pan) «todo», y θεός (theos) «Dios»; así se forma una frase que afirma: «todo es Dios». La visión según la cual el Dios y el mundo son uno.

²⁵⁴ Son pueblos que en todos los continentes conservan aún los principios éticos de los albores de la humanidad, que en lo fundamental no han sido deformados por la civilización, ya que desgraciadamente ésta ha influido negativamente en uno u otro grado. Tienen un mismo pensamiento los quechuas del Cusco, los shipibos de Ucayali, los mapuches de Chile, los nasa de Colombia, los mayas de México, los navajos de EEUU, los cree de Canadá, los dongria kondh de la India, los bosquimanos de África, los sami de Escandinavia, los anangu de Australia.

²⁵⁵ El *panteísmo* es la creencia de que el universo (con todas sus extensiones celestes y criaturas) y Dios son lo mismo, o sea, son uno. Es decir, Dios no es un ente en particular ni una simple energía; sino que cada criatura es un aspecto o una manifestación de Dios, que es concebido como el ser divino que desempeña a la vez los innumerables papeles de humanos, animales, plantas, estrellas y fuerzas de la naturaleza.

El nombre panteísta fue introducido por Juan Toland (1670-1722) en su *Socinianismo verdaderamente Expuesto* en 1705 mientras que el término *panteísmo* fue utilizado por vez primera por su oponente Fay en *Defensio Religionis* en 1709. Toland publicó su *Pantheisticon* en 1732. La doctrina en sí misma vuelve a la filosofía india temprana; aparece durante el curso de la historia en una gran variedad de formas, y entra en, o sirve de sustento de tantos otros sistemas que, como dice el profesor Flint *Teorías Antiteísticas* «probablemente no haya panteísmo puro». Tomado en el más estricto, sentido, como identificando Dios y el mundo, el Panteísmo es simplemente Ateísmo. En cualquiera de sus formas implica Monismo, pero este último no es necesariamente panteísta. El Emanacionismo puede adquirir fácilmente un significado panteísta y como es precisado en la Encíclica *Pascendi dominici gregis*, lo mismo es verdad respecto de la doctrina moderna de la immanencia.

El *cristianismo* enseña que Dios está separado de su creación y que Él la creó como vemos en el Génesis 1: 1-30, mientras que el *panteísmo* declara que Dios y la creación comparten la misma naturaleza y esencia.

Aunque ciertamente existen elementos interesantes en la justicia indígena y en los programas basados en la misma, que nos pueden ayudar a descubrir el nuevo paradigma restaurativo debemos ser prudentes al respecto, por cuanto el panteísmo no nos proporciona una respuesta a la existencia y al origen del universo y puede generarnos un espíritu de confusión el hecho de confundir la obra de la creación con el Creador, cuando realmente la belleza de la creación nos debe llevar a adorar al Creador y no a su obra.

B. LA JUSTICIA BÍBLICA: LA VERDADERA FUENTE

Investigando las raíces de la *justicia restaurativa* en América del Norte observamos que este movimiento nace debido tanto a las tradiciones indígenas como a las cristianas, ambas centradas en la paz y la armonía de la comunidad, y en la importancia de las relaciones y obligaciones mutuas.

a. La contribución del cristianismo en la aparición de la justicia restaurativa

Puesto que en el apartado anterior hemos hecho referencia a la *justicia indígena* como una de las fuentes de este *paradigma restaurativo*, seguidamente profundizaremos en la gran importancia que han tenido las comunidades cristianas en la aparición del movimiento de *justicia restaurativa*, procediendo a comparar el concepto de justicia bíblica con el concepto de justicia contemporánea que actualmente conocemos.

A este respecto cabe destacar la reflexión que hace el humanista y escritor español D. José Corts Grau en su artículo **¿Es la nuestra una justicia cristiana?**²⁵⁶. El profesor Corts Grau²⁵⁷ en su artículo, en el que nos invita a reflexionar acerca de si la nuestra es una justicia cristiana, entre otras cuestiones nos indica la importancia de comprender la justicia a la luz de Dios, indicando que «[...] Estamos ante el Reino de Dios, ante el amor de Dios que sale al encuentro del hombre [...]»

La justicia es un atributo de Dios, forma parte de su naturaleza, Dios es amor porque es inherente a su naturaleza y también Dios es justo porque también forma parte de su naturaleza, siendo sus obras por tanto, justas. Así pues, los hijos de Dios deberían ser justos y la justicia humana debería comprenderse a la luz de Dios, para así evitar las diferentes injusticias.

²⁵⁶ CORTS GRAU, J., «¿Es la nuestra una justicia cristiana?», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1954, pág. 5.

²⁵⁷ José Cors Grau (1905-1995), Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valencia, de la que fue Rector.

El Reino de Dios está basado en la justicia. Así en la Biblia, en numerosas ocasiones (Miqueas 6, 6-8; Salmos 45,7; etc.) nos encontramos la invitación a amar la justicia y la misericordia; el Salmo 89 nos dice que la justicia está basada en la misericordia y en la verdad, y el Salmo 97 que justicia y juicio son el cimiento de su trono; en Isaías 59 se hace referencia a que la ausencia de paz provoca la falta de justicia.

La justicia divina establecida en la Tierra implica necesariamente en el orden de Dios:

- 1- Misericordia**
- 2- Verdad**
- 3- Derecho**
- 4- Humildad**
- 5- Rectitud**
- 6- Paz**
- 7 – Cumplir lo prometido²⁵⁸**

Las investigaciones realizadas en la presente *Tesis Doctoral* confirman que el *Cristianismo* (del latín *christianismus*, y éste del griego *χριστιανισμός*)²⁵⁹ como veremos a continuación, es la principal fuente del *paradigma restaurativo*. En dichas comunidades, la idea de *justicia restaurativa* tiene su origen en el concepto de justicia que contempla la Santa Biblia²⁶⁰. Por tanto, la *justicia bíblica* en nuestra opinión es la base verdadera del enfoque restaurativo de la justicia.

²⁵⁸ En Nehemías 9 7-8, vemos la importancia de cumplir lo prometido (...) y cumpliste tu palabra, porque eres justo y en Nehemías 9, 30-33 (...) porque tú eres justo en todo lo que ha venido sobre nosotros; porque rectamente has hecho (...) el que hace justicia actúa rectamente.

²⁵⁹ El *Cristianismo* es una religión abrahámica monoteísta basada en la vida y enseñanzas de Jesús de Nazaret, presentadas en el canon bíblico, que recoge tanto el Antiguo como el Nuevo Testamento.

²⁶⁰ LEUNG, M., *The Origins of Restorative Justice*, en: <http://www.cfcj-fcjc.org/full-text/leung.htm>.

b. El concepto de justicia bíblica

La justicia «es la virtud moral que consiste en la constante y firme voluntad de dar a Dios y al prójimo lo que les es debido»²⁶¹. «Para con los hombres, la justicia dispone a respetar los derechos de cada uno y a establecer en las relaciones humanas la armonía que promueve la equidad respecto a las personas y el bien común. **El hombre justo**, evocado con frecuencia en las Sagradas Escrituras, **se distingue por la rectitud habitual de sus pensamientos y de su conducta con el prójimo»**²⁶².

La *misericordia* tanto en el Antiguo como en el Nuevo Testamento, es el atributo de Dios²⁶³ que extiende su compasión a aquellos que lo necesitan y que deben aceptarla humildemente. De ahí la exigencia de ser nosotros también misericordiosos con los demás.

En la *justicia bíblica* se rechaza *la retribución*, considerando que la restauración es la base de la justicia. A diferencia del concepto de justicia moderno, la *justicia bíblica* se centra en el futuro y no en el pasado; busca soluciones y no se basa en una investigación sobre la culpa; se define por el resultado más que por las normas y los procedimientos y se concentra en hacer lo correcto y no en infligir dolor. La sanción se da en el contexto de la redención y no entendiendo el castigo como un fin; el mal se entiende principalmente como vulneración de las relaciones personales y no de las normas; la ley se entiende como *guía de sabios* y no como prohibición, siendo el espíritu de la ley lo más importante y no el derecho positivo. Finalmente la *justicia bíblica* se basa en la misericordia y amor, características que en esencia contrastan notablemente con el actual *sistema retributivo*.

²⁶¹ Texto oficial en latín 1997, *Catecismo de la Iglesia Católica*, Tercera Parte *La vida en Cristo*, Primera Sección *La Vocación del hombre*, Capítulo Primero *La dignidad de la persona humana*, Artículo 7 *Las Virtudes*, 1807, http://www.vatican.va/archive/catechism_lt/index_lt.htm.

²⁶² Ídem.....n.º 1807. Un ejemplo que podemos ver en la Sagrada Escritura de persona justa, es el de José: En Mateo 1, 19 vemos como nos dice: «Su marido José, **que era justo**, [...]». **El ser justo**, según la Sagrada Escritura, **define la global actitud de una persona** que tiene una gran fe en Dios y por lo mismo, lo ama, lo honra y cumple con todos sus *mandamientos*, debiendo entenderse éstos como *enseñanzas*.

²⁶³ Dios rico en misericordia.

La *justicia retributiva* se basa en infringir el castigo correspondiente a alguien que ha vulnerado preceptos tipificados en las leyes. Desde esta premisa, los delincuentes no merecen el amor y la misericordia de los demás. Se cree erróneamente que castigándoles se soluciona el problema y se hace justicia cuando en realidad no es así. Sin duda, el castigo no es el mejor medio para lograr que la delincuencia y la violencia disminuyan en nuestra sociedad. Es necesario articular los mecanismos necesarios para que en nuestra sociedad se haga realmente justicia y la delincuencia disminuya notablemente.

Parte de la doctrina considera que la idea de *justicia bíblica* está basada en el castigo. Así, David Cayley en su obra *The Expanding Prsison: The Crisis in Crime and Punishment and the Search for Alternave* manifiesta que «el castigo en el ámbito penal procede del concepto de justicia bíblica del cristianismo»²⁶⁴. Muchos piensan en la expresión «ojo por ojo» cuando se habla acerca de la *justicia bíblica*. Al respecto, de conformidad con la opinión de reconocidos teólogos cabe destacar que esta expresión del «ojo por ojo» ha sido mal interpretada debido a las traducciones erróneas que se han realizado al inglés del texto hebreo, ya que este principio del «ojo por ojo» fue concebido como un límite a la retribución y por tanto, supuso un avance respecto a la venganza ilimitada anterior. Así según el profesor Howard Zehr²⁶⁵ la expresión significa *esto, pero sólo esta cantidad*, y es una herramienta para la compensación, es decir, *el valor de un ojo por el valor de un ojo*²⁶⁶, y no constituye en ningún caso una llamada a la retribución, puesto que **la retribución no es un principio fundamental de la justicia bíblica**.

La *justicia restaurativa* que también podemos llamar *justicia misericordiosa* la encontramos en las Sagradas Escrituras: El profeta Miqueas²⁶⁷, en hebreo מִיכָה, Mika o Miyá o Michá, que significa «¿quién como Yahveh?» en el capítulo 6 versículo 8 señala «Practicar la justicia, amar la misericordia y caminar humildemente con tu Dios»²⁶⁸.

²⁶⁴ CAYLEY, D., *The Expanding Prsison: The Crisis in Crime and Punishment and the Search for Alternatives*, House of Anansi, Toronto, 1999.

²⁶⁵ Howard Zehr es profesor de Sociología y justicia restaurativa en la Universidad del Este de Mennonite en Harrisonburg (Virginia, Estados Unidos); es codirector del Centro para la Justicia y fue el director 19 años de la Oficina Mennonite del Comité Central de Crimen y Justicia.

²⁶⁶ ZEHR, H., *Changing Lenses: A new focus for Crime and Justice*, Herald Press, Pennsylvania, 1990.

²⁶⁷ Miqueas fue un profeta de origen campesino de finales del siglo VIII a. C., proveniente de Moreshet, una pequeña aldea de la fértil llanura de Sefela a unos 30 kilómetros al suroccidente de Jerusalén.

²⁶⁸ V.V.A.A., *La Santa Biblia*, 15ª ed., Madrid, Paulinas, 1984, pág. 117

En el Salmo 33 el versículo 5 nos indica: «Ama la justicia y el derecho y su misericordia llena la tierra»²⁶⁹. En el Salmo 85 el versículo 11 nos dice «La misericordia y la verdad se encontraron; la justicia y Paz se besan; La misericordia y la verdad se han encontrado, la justicia y la paz se besaron»²⁷⁰. ¿Pueden coexistir la misericordia y la justicia? San Juan, en su primera Epístola nos da la primera definición del amor. Dios es Amor. Juan Cap. 4, versículo 8 nos dice que Dios es Amor.

En cuanto a las citas bíblicas, en el *Antiguo Testamento* con frecuencia se exige la *restitución*. En el Exódo 22, 1-3 dice: «El ladrón restituirá, y si no tiene con qué pagar, será vendido por el valor de lo robado. Si el toro, el asno o el cordero robados se hallan aún vivos en manos del ladrón, éste restituirá el doble»²⁷¹. Así, como vemos, la *meta no es el castigo sino la restauración*, no es la imposición de ciertas penas sobre los criminales sino la restauración de un orden centrado en Dios. En el *Nuevo Testamento*, en Lucas 19, 1-10 podemos ver como Jesús reconoció que la promesa de Zaqueo de recompensar en cuadruplicado a aquellos que él había engañado restableció su relación con la comunidad²⁷². Por tanto, la meta era restablecer los lazos entre los delincuentes, las víctimas, la comunidad y Dios.

Existe una rica tradición de mediación en el *Nuevo Testamento*, así por ejemplo, Pablo se dirigió a la congregación de Corinto pidiéndoles que no resolvieran sus diferencias en el tribunal, sino que nombraran a personas de su propia comunidad para conciliarlas así nos dice En 1 Corintios 6: 1-4, en relación a los Pleitos entre cristianos: «Si tenéis litigios ordinarios, ¿cómo nombráis jueces a los que la iglesia menosprecia? Lo digo para que os avergoncéis. ¿O sea que no hay entre vosotros ningún experto que pueda dirimir pleitos entre hermanos?»²⁷³. La mediación es congruente por tanto con los valores bíblicos del perdón, la reconciliación y la comunidad. En Lucas 23,34 vemos la máxima expresión de la cultura del perdón aplicable a la Justicia Restaurativa «Padre, perdónalos porque no saben lo que hacen»²⁷⁴. En la Biblia por tanto, ya encontramos

²⁶⁹ SHÖKEL, L.A, *La Biblia de Nuestro Pueblo*, Santander, Sal Terrae Mensajero, 2011, pág. 1302.

²⁷⁰ SHÖKEL, L.A, *La Biblia de Nuestro Pueblo*, Sal Terrae Mensajero, Santander, 2011, pág. 1361.

²⁷¹ SHÖKEL, L.A, *La Biblia de Nuestro Pueblo*,... op.cit., pág. 179.

²⁷² SHÖKEL, L.A, *La Biblia de Nuestro Pueblo*,... op.cit., pág. 1.921.

²⁷³ SHÖKEL, L.A, *La Biblia de Nuestro Pueblo*,... op.cit., pág. 2.102.

²⁷⁴ SHÖKEL, L.A, *La Biblia de Nuestro Pueblo*,... op.cit., pág. 1.934.

formas restaurativas de evitar *la muerte del delincuente y de procurar que se corrija y viva*²⁷⁵.

En la *justicia bíblica* vemos figuras como el *mitspat* o el *rib*. De la lectura de la Biblia encontramos cuatro principios de la *justicia restaurativa*²⁷⁶:

1. El crimen causa lesiones que deben ser reparadas.
2. Todas las partes afectadas por el crimen deben incluirse en la respuesta al crimen.
3. El Gobierno y las comunidades locales deben desempeñar papeles cooperativos y complementarios.
4. El crimen es una manifestación de la maldad y como tal, sólo Cristo puede superar su fuerza destructiva.

1. El verdadero significado de la Toráh

La *Biblia*, palabra cuya derivación proviene del griego y significa «libros», es denominada en hebreo, תּוֹרָה [*Torah*], *Torá* y en castellano *Pentateuco*, que viene a significar «enseñanza y ley» hace alusión a la *Ley de Moisés* contenida en los cinco libros asignados a su persona y que conocemos como: Génesis (Bereshit בְּרֵאשִׁית), Éxodo (Shemot שְׁמוֹת), Levítico (Vayikrá וַיִּקְרָא), Números (Bemidbar בְּמִדְבָּר) y Deuteronomio (Devarim דְּבָרִים)²⁷⁷. Su primera impresión data de 1475 aproximadamente un cuarto de siglo después de la aparición de las letras móviles en la imprenta de Gutemberg.

En lo que a su contenido se refiere el texto bíblico contiene una profusa legislación que abarca aspectos civiles, penales, comerciales, de familia, etc. que aparecen de manera enunciativa conformando conjuntos normativos, no taxativos, de la manera que los conocemos actualmente. Su sentido no está vinculado exclusivamente con un fin

²⁷⁵ CORINTIOS XIII «Por una pastoral de justicia y libertad», *VIII Revista de Teología y Pastoral de la Caridad. Iglesia, Colectivos vulnerables y Justicia Restaurativa*. Congreso Nacional de Pastoral Penitenciaria, Madrid 10 al 12 de septiembre de 2010, Enero – Junio 2011, n.º 137 – 138, pág. 65.

²⁷⁶ CHINCHILLA FERNÁNDEZ, MAX: *Justicia Restaurativa en Costa Rica. Instauración de la Justicia Restaurativa en el Ministerio Público de Costa Rica. Principales Retos*, San José. Costa Rica, Ed. Iustel, 2009.

²⁷⁷ Estos cinco libros forman parte del canon bíblico, entendiendo a la Biblia como fuente de autoridad.

teológico de servicio a Dios, sino también como plataforma jurídica para la armonización y compatibilización de las necesidades individuales a la luz de la armonía social. En tal sentido y a modo de ejemplo puede mencionarse la conceptualización del delito penal, no como producto de una conducta delictiva pura, o de una estigmatización de la que es víctima el sujeto punible, sino como producto de la coparticipación y corresponsabilidad de la sociedad en su aparición y la consecuente redención de la pena de manera pecuniaria.

La *Toráh* es una de las palabras más importantes del *Antiguo Testamento* puesto que aparece 220 veces, ha sido traducida como «ley» **pero realmente su verdadero significado es «enseñanza e instrucción, dirección, guía para dar en el blanco, el medio por el que se puede lograr una meta u objetivo»**, por lo que podemos entender que son *instrucciones o enseñanzas de Dios que están dadas en mandamientos o mitvot*. En su sentido más puro, *Toráh* se le dió a Israel para permitir que llegara a ser en realidad el pueblo especial de Dios y permaneciera como tal. En su sentido más amplio, *Toráh*, se utiliza habitualmente para designar la totalidad de la revelación y la enseñanza divina al pueblo de Israel. En un sentido más restringido se refiere únicamente al texto de los cinco primeros libros de la Biblia, que para los cristianos se llama Pentateuco²⁷⁸. *Toráh* en hebreo תּוֹרָה, tiene su raíz en el verbo *Yarah* *rid*, 'rigire', 'rajorra', 'raznal' ה.ר.י.י- gir, enseñar, instruir», como vemos en Sal. 12:23 «Os instruiré en el camino bueno y recto»²⁷⁹, Prov. 13:14 «La instrucción del sabio es fuente de vida, para apartarse de las trampas de la muerte»²⁸⁰; también Job 22:22 «Toma, pues, de su boca la instrucción y pon sus dichos en tu corazón»²⁸¹.

²⁷⁸ El conjunto de estos cinco libros se conoce como Pentateuco del griego πέντα, penta, cinco, y τευχος, teujós, *funda para libros*, haciendo referencia a las fundas en las que se conservaban los rollos de pergamino o, en hebreo, Jamishá Jumshé Torá תּוֹרָה הַחֲמִישָׁה חֵצֵי תּוֹרָה, *las cinco partes de la Torá* o simplemente Jumash [חֲמִישָׁה], quinto como abreviación.

²⁷⁹ SHÖKEL, L.A, *La Biblia de Nuestro Pueblo*, Sal Terrae Mensajero, Santander, 2011.

²⁸⁰ SHÖKEL, L.A, *La Biblia de Nuestro Pueblo*,...op.cit.

²⁸¹ SHÖKEL, L.A, *La Biblia de Nuestro Pueblo*,...op.cit.



De las investigaciones realizadas podemos observar que **uno de los errores más frecuentes con respecto a la justicia y a la ley es precisamente el sentido derivado de la traducción que se le ha dado al término hebreo *Toráh*, al que originalmente se refieren las Sagradas Escrituras**, especialmente al contenido de los primeros cinco libros de la *Tanak* (Antiguo Testamento).

El idioma griego tenía una sola palabra para expresar de alguna manera el concepto hebreo de *Toráh*, y esa palabra era *Nomos*, es decir, *Ley*. En los textos en griego, la palabra *nomos* o *ley* fue utilizada para comunicar la idea de la *Toráh*, puesto que *Nomos*, palabra prestada de las lenguas semíticas viene de νέμω némo ley (mediante la idea de uso prescriptivo) **prescribir** del latín *praescribere* se traduce como preceptuar, ordenar, determinar algo, regulación, pleito, ley. y que ese vocablo no tendría mayores dificultades excepto que en la mente romana, debido a su sistema de gobierno imperial, el vocablo ***nomos*** siempre era visto como algo rígido, inflexible, tal error nunca habría afectado un correcto entendimiento de la *Torah*. Pero en el contexto cultural de la época, **la ley romana** había que respetarla y había que reconocerla como suprema autoridad. Tristemente, al traducir ***nomos*** al castellano, en vez de buscar su significado original en hebreo, los traductores lo hicieron desde el punto de vista grecorromano, y al hacerlo así, la idea de la **ley de Dios** como algo legalista y opresor fue introducida en la teología cristiana. Esta última no es propiamente dicha una traducción, sino más bien **una postura teológica con la cual se tradujo una palabra que no corresponde a su raíz ni al sentido original hebreo**. La *Enciclopedia Judaica* dice que *La Septuaginta* tradujo la palabra *Toráh* como *Nomos* y su sucesor *Lex*, *ley* y esto se ha

malentendido entendiendo que la *Toráh significa legalismo*. Los rabinos judíos querían que los griegos paganos vieran lo maravilloso que es Dios y utilizaron términos que eran familiares para ellos pero no fue su intención traducirlo como *nomos* para que fuera vista como normas y reglamentos. **Traducir Torah como ley con la connotación de norma, obligación, carga, castigo** o yugo consideramos que **es un error** que aleja al ser humano de Dios más cuando originalmente la palabra hebrea *Toráh significa «dirección; instrucción; orientación, enseñanza»* oportunidad para venir a conocer los misterios del Todopoderoso de Israel. Muchos piensan que la Ley es algo que oprime, esclaviza y no deja actuar en libertad, entendiendo la libertad desde una concepción y construcción humana hecho que entra en contradicción con las Sagradas Escrituras. Por tanto, **la Toráh no impone sino que enseña que es muy distinto y enseña desde el amor y la misericordia no desde el castigo.**

Marción, fue el primer hombre que se atrevió a llamar a La Escritura hebrea (que en hebreo se llama La Tanaj y que consta de La Toráh, Profetas y Escritos), **el antiguo testamento**. Lo llamó incorrectamente *Antiguo Testamento* porque pensaba que su contenido ya no tenía aplicación para los creyentes en Jesús (Yeshua El Mesías), y que había sido reemplazado por *El Nuevo Testamento*. Dijo que era un libro antiguo que pertenecía solamente a los judíos y que carecía de vigencia para los cristianos. Marción enseñó que en *El Antiguo Testamento* (La Tanaj) no había gracia, y que la gracia aparece por primera vez en *El Nuevo Testamento* (llamado correctamente Código Real o Brit Hadashah-Pacto Renovado). Según sus enseñanzas, el Dios del Antiguo Testamento era un Dios de juicio y condenación, pero el Dios del Nuevo Testamento es un Dios de gracia y amor. Aunque algunos líderes de la Iglesia Romana señalaron a Marción como un hereje, el rechazo del Antiguo Testamento que él esparció echó raíz y tristemente prosperó.

2. Mitzvot y Mitspatim

La palabra hebrea *Mitzvá*²⁸² que se escribe *הוציא* *havvitz* significa «mandar». En plural nos encontramos con la palabra hebrea *Mitzvot* que se escribe *מצוות* y significa «mandamiento». Realmente no ha de entenderse como *mandar* tal cual lo entendemos, sino más bien son **invitaciones a hacer algo, Dios nos invita, es la fuerza del Espíritu suavemente y con amor, más que lo entendemos actualmente como mandamiento con coerción. Dios nos ama desde la libertad y nos instruye nos da enseñanzas.**

La *Toráh* está formada por un colectivo de *Mitzvots*. *Mandamiento* normalmente se define como *orden, precepto, sinónimo de intimación, prescripción, requerimiento*. Instrucción se define como enseñanza. Instrucción no es lo mismo que Mandamiento, es decir un mandamiento indica dirección a un punto definido por una Instrucción, siendo que la *Toráh* está formada por un colectivo de *mitzvot* y de narrativas. En forma ilustrativa tenemos que la raíz de la palabra *Torá* es *Yaráh* que entre otras cosas, tiene una connotación de *agua que fluye*, por ejemplo la corriente de un río, por lo que tenemos que la corriente del río es la *Torá* y las partículas de Agua serían los *mitzvot*. **Una *mitzvá* a la luz de Dios no es una imposición, si no que son enseñanzas justas y buenas** como se señala en Romanos 7,12 y son luz para nuestras vidas como señala Juan 2, 7-10.

Los Mandamientos no tienen en la tradición el carácter de *deber hacer*, más bien son *indicaciones para el camino justo*. Las Diez Palabras determinan el lugar del hombre en el mundo. Ellas expresan lo que el hombre es y cómo llega a su meta. Dios mismo las ha escrito sobre las Tablas de Piedra. Sólo Él, desde Su mundo, puede indicar cuál es la estructura del hombre. Sus normas provienen de otro mundo, porque si fueran

282

La palabra *Mitzvá* se utiliza en el judaísmo para referir a los 613 preceptos de la *Torá* (los primeros cinco libros de la Biblia) o cualquier ley judía. Las *mitzvot* son preceptos o mandamientos que el judío está obligado a cumplir. De acuerdo con la tradición rabínica existen 613 *mitzvot*. Se dividen en 248 *mitzvot* positivas, que corresponden a cada uno de los miembros del cuerpo humano, y 365 *mitzvot* negativas que corresponden al número de días del año solar. De esta manera la *Torá* quiso hacer participe a cada miembro de nuestro cuerpo con una acción ordenada por D-s y cada día del año debemos guardarnos de transgredir lo que D'os nos prohibió. Las *mitzvot* comprenden también cuatro categorías distintas según la terminología bíblica que son torot instrucciones, *jukim* reglamentos, *mishpatim* juicios, *edot* testimonios. Las mujeres están obligadas en el cumplimiento de las *mitzvot* a partir de los 12 años y un día y los hombres a partir de los 13 años y un día. Las *mitzvot* están expuestas según su orden de aparición en las *parashot* (porciones de la *Torá* que son leídas semanalmente) de los 5 libros de la *Torá*.

sólo de este mundo no serían válidas más allá de la muerte. La misma Tradición apunta al hecho de que las Diez Palabras de la creación comienzan con el “Dos”, con el “Bet” de la Palabra Bereshit (En el comienzo); mientras que las “Diez Palabras”, al final de las 26 generaciones, sin embargo, comienzan con el “Uno”, con el Alef de la voz “Anojí”, “Yo”, del versículo: “Yo Soy el Señor Tú Dios” (Éxodo 20.2).

Las Diez Palabras, Aseret HaDibrot, La Estructura del hombre, El lugar del hombre en el mundo está expresado en la revelación con las llamadas *Diez Palabras* escritas por Dios en las Tablas de Piedra. Se habla de los Diez Mandamientos, o la Ley, pero estas denominaciones son erróneas. Nunca se habla en la Tradición de los Diez Mandamientos, siempre de las *Diez Palabras*. En hebreo antiguo, los Diez Mandamientos son llamados עשרת הדברים (transliterado *Asereth ha-D'bhārîm*) y en hebreo rabínico, עשרת הדברות (transliterado como *Asereth ha-Dibroth*), ambos traducibles como «las diez palabras», «los diez dichos» o «los diez asuntos». La expresión «Decálogo» deriva del griego δεκάλογος, *dekalogos*, que significa y se refiere² a la traducción griega (en acusativo) δέκα λόγους, *deka logous*, «diez palabras», como aparece en la Septuaginta (abreviada como LXX) en *Éxodo* 34:28 y *Deuteronomio* 10:4.



La tablas de piedra, al contrario de los mandamientos inscritos en ellas, son llamadas en hebreo לוחות הברית: *Luchot HaBrit*, que significa «Las Tablas del Pacto». **Para la Tradición católica, los Diez Mandamientos, aunque fueron revelados, son accesibles a la razón humana de modo natural. Además, ofrecen a todos los hombres un compendio de la ley natural:** Los Diez mandamientos pertenecen a la revelación de Dios, nos enseñan al mismo tiempo la verdadera humanidad del hombre y ponen de relieve los deberes esenciales y, por tanto indirectamente, los derechos fundamentales, inherentes a la naturaleza de la persona humana. **El Decálogo contiene una expresión**

privilegiada de la ley natural. Aunque accesibles a la sola razón, los preceptos del Decálogo han sido revelados. Para alcanzar un conocimiento completo y cierto de las exigencias de la ley natural, la humanidad pecadora necesitaba esta revelación: El Catecismo de la Iglesia Católica, n 2071 dice que «En el estado de pecado, una explicación plena de los mandamientos del Decálogo resultó necesaria a causa del oscurecimiento de la luz de la razón y de la desviación de la voluntad» (san Buenaventura, sent. 4, 37, 1, 3). **Conocemos los mandamientos de la ley de Dios por la revelación divina que nos es propuesta en la Iglesia, y por la voz de la conciencia moral.**

Las Palabras están grabadas en Tablas de Piedra. *Piedra*, en hebreo es *Eben* y significa que contiene, eternamente, lo inmodificable, puesto que podemos decir que aquello que hace del hombre un ser divino frente a Dios y frente al mundo está determinado por Dios de modo inmodificable²⁸³. La Tradición comenta que las Letras estaban grabadas atravesando diagonalmente las Dos Tablas, sin manifestarse del lado opuesto como escritura *en espejo*. Aquello que tiene que mostrarse en el mundo como bilateral, *es unilateral en su esencia*. Los Dos lados mostraban una Unidad incomprensible para nosotros. ¿Cuál es el sentido de estas Diez Palabras, de estos Dos 5? Ellas muestran al hombre en su esencia. No son leyes morales, higiénicas o sociales. Éstas son sólo sus imágenes. Cuando la Sexta Palabra dice: *No debes matar*, ella significa literalmente *no debes matar a otro ser humano*; pero el principio *no deber matar* abarca la vida humana en la totalidad de sus expresiones, en todos los niveles. Por ejemplo: La Tradición indica que no se debe avergonzar al prójimo. Retar a *alguien* en presencia de terceros cae bajo el principio de *derramar sangre*. Ello puede, por lo tanto, suceder en distintos niveles. La Sexta Palabra se encuentra en la segunda Tabla frente a la Primera Palabra de la Primera Tabla, de aquella Tabla en la cual Dios estableció en cinco Palabras lo que Él ES. Uno tiene que relacionarse con el hombre, imagen de Dios en la tierra, de la misma manera que con Dios mismo. **Dado que la Toráh y las Instrucciones son manifestaciones del Eterno no pueden ser cambiados. Por eso, vemos en el nuevo Pacto de la Alianza el llamado a guardar los mandamientos del Eterno, ya que El es *El que es, el mismo, hoy, ayer y siempre*.**

²⁸³ Se entregan dos tablas, a pesar de que forman una unidad, son dos, como la letra Alef del alfabeto hebreo, dividida y unificada, el cinco superior se refleja armónicamente en el cinco inferior.

El Rabino Moshe ben Maimon, también conocido como Rambam (por sus siglas en hebreo, מייבמר) o Maimónides, fue uno de los primeros codificadores de la Ley Judía. Sus catorce volúmenes de la Mishna Torá (Yad Hachazakah) cubre toda la Ley Judía, creencia y práctica. Dividió las 613 Mandamientos conocidos en español como El Pentateuco en 14 libros, con 83 secciones.

Podemos ver como *Torah* y *Mitzvot* van juntas en el Éxodo. Así en el Éxodo 24:12 dice «Entonces Yahweh dijo a Moisés: —Sube a mí al monte y espera allá y te daré tablas de piedra con la Ley (Toráh) y el mandamiento (Mitzvah) que he escrito para enseñarles». En Isaías 8:16 dice *Ata el testimonio, sella la instrucción* (Toráh) *entre mis discípulos*. Gen 26:5; Ex 12:49; Ex 24:12; Sal 19:7; Prov. 7:2; 13:14; Isa 42:1, 4, 21-25.

Mitzvot. Las *Mitzvot* pueden dividirse en:

1. **Mishpatim.** Sentencias o Juicios. Son los mandamientos de carácter social, que regulan todo tipo de relaciones sociales y es por ello que son administradas por un Juez (Shafat) Son las normas de la cuales sus motivos suelen quedar dentro del campo del conocimiento humano. Suelen involucrar principalmente las relaciones humanas. Gen 18:25; Ex 21:1; 23:6; Lev 19:35; 25:18
2. **Torot:** Instrucciones, normas de conducta o para determinadas prácticas específicas. Ejemplo: el protocolo de purificación del enfermo de *nega tzaraat*.
3. **Jukah:** Decretos divinos, leyes que suelen superar el razonamiento humano, pero que igualmente tienen el carácter de obligatorios. Suelen circunscribirse a la relación hombre-Dios. **Ex 12:14; Lev 3:17; 19:19; Num 15:15.** Las Fiestas del Eterno están incluidas en esta ordenanza.
4. **Edot** que son Testimonios que sirven para preservar la relación de la persona con el Eterno. Deut 4:45; 6:17. Viene de la raíz Ed que significa testigo. De esta raíz viene la palabra Moed que significa tiempos señalados, congregación Ex 9:5; Lev 23:2, 44; Dan 8:19; Num 1:1; Sal 74:4, 8; Isa 14:13; Ezek 44:24.

c. Primer antecedente de mediación penal: Caso Elmira, Ontario 1974

Las comunidades cristianas, en particular *los menonitas*²⁸⁴, se considera que son la principal causa de aparición del movimiento restaurativo en Canadá.

El primer antecedente de justicia restaurativa en la modalidad de mediación en el ámbito penal entre víctima y agresor lo encontramos en Ontario (Canadá), conocido como *Caso Elmira*. En 1974, en el pueblo de Elmira, provincia de Ontario, dos adolescentes, en una noche de vandalismo y embriaguez, acuchillaron llantas automovilísticas, rompieron ventanas, y causaron daños a diferentes propiedades, incluyendo dos iglesias. No se trataba de un hecho habitual en el lugar, y los ciudadanos estaban profundamente indignados. En la Corte, ambos muchachos se declararon culpables de 22 cargos. Marcos Yantzi, agente del Departamento de Libertad Condicional y sus compañeros del Centro Menonita de Ontario comentaron que sería buena idea que estos muchachos tuvieran que responder cara a cara a cada una de las personas afectadas. Estos Agentes consideraron que los jóvenes no necesitaban castigo sino asumir sus responsabilidades e hicieron una recomendación novedosa al Juez Gord McConnell al afirmar que podía existir algún valor terapéutico en que los jóvenes respondieran personalmente a las víctimas de sus numerosas transgresiones. Al principio, el Juez Gord McConnell desechó la sugerencia por carecer de toda base legal, pero al dictar la Sentencia ordenó que los jóvenes cumplieran con lo requerido. Los dos jóvenes terminaron de puerta en puerta por el vecindario con el propósito de hablar con cada una de sus víctimas. En muchas ocasiones, después de escuchar a sus víctimas, los jóvenes acordaron restituir los daños. A los seis meses, los jóvenes ya habían pagado todo lo acordado y los ciudadanos experimentaron una sensación que el castigo de los jóvenes no hubiera podido ofrecer²⁸⁵.

²⁸⁴ Los *menonitas* son una rama pacifista y trinitaria del movimiento cristiano anabaptista, originado en el siglo XVI, como expresión radical de la reforma.

²⁸⁵ El Juez Gord McConnell trabaja en el Consejo de Administración de Iniciativas de Justicia Comunitaria en Kitchener. Marcos Yantzi era un oficial de libertad condicional y ahora es el Director Ejecutivo de la CJI.

Russ Kelly²⁸⁶, uno de los dos jóvenes delincuentes, gracias a lo sucedido, se ha graduado en las áreas de Ley y Seguridad en la Conestoga College en Kitchener, Ontario y es voluntario de Justicia de la Comunidad de Iniciativas de Justicia Restaurativa de la Región de Waterloo.

MI HISTORIA²⁸⁷ (RUSS KELLY) Mis siete hermanos y yo fuimos criados en Mount Forest, Ontario. Cuando tenía seis años, mi padre murió, dejando a mi madre al cuidado de sus ocho hijos. A la temprana edad de quince años mi madre también murió y mi hermano mayor se convirtió en mi tutor oficial. En ese momento, él se acababa de casar y estaba poniendo su vida en orden. Papá no estaba allí para guiarlo y mantenerlo fuera de problemas. Este fue un momento de miedo para mí y un momento difícil para él. Yo era un adolescente confundido, me sentía víctima injustamente, y profundamente herido por la pérdida de mi madre. En 1971, no había programas para tratar adecuadamente el dolor y el trauma que sentí cuando perdí a mi madre. A la edad de quince años, yo todavía no había entendido (o debería decir - aceptado) la pérdida de mi padre. Fui al consejero de la escuela, sólo para tener citas para ver a un psiquiatra que a su vez sólo me dijo que yo no estaba loco. Él no me ayudó mucho con mis emociones y la ira. Hablar con mis hermanos de mis problemas no era una opción y las tías y los tíos no tienen lo que se dice estrecha relación con nuestra familia. Buscar la manera de tratar con mi dolor emocional me llevó a las drogas y el alcohol.

En 1974, había desarrollado una fuerte dependencia a las drogas y al alcohol, así como a las personas que podían alimentar mi hábito establecido. Estaba muy hostil cuando me emborrachaba y sentía como si mi cabeza fuera a explotar. Era difícil pensar con claridad y racionalizar sensiblemente. Hubo momentos en que terminaba en peleas y muy a menudo tenía vagos recuerdos de lo sucedido la noche anterior. Yo no era la persona que yo quería ser, ni la persona que mis padres querían que yo fuera. Seguro que mis padres no habrían estado orgullosos de mí. Yo me encontraba en un camino hacia ninguna parte y la vida seguía. Una noche de mayo de 1974, fui a Elmira, Ontario, para visitar a unos amigos. Por supuesto que la visita fue a beber y emborracharse. Mi amigo y yo fuimos a dar una vuelta con una o dos cajas de cerveza. Manejamos alrededor de los caminos durante

²⁸⁶ Queremos expresar nuestro más sincero agradecimiento a Russ Kelly tanto por su amabilidad como por la información que personalmente nos ha facilitado para la elaboración de este trabajo de investigación consistente en lo sucedido en Ontario en 1974, que traducido, reproducimos a continuación.

²⁸⁷ Traducción de la autora de la historia facilitada personalmente por Russ Kelly, para la elaboración del presente trabajo de investigación.

horas bebiendo cerveza. Fue después de media noche cuando llegamos detenidos por la policía. El oficial tomó lo que quedaba de nuestra cerveza, nos dio una advertencia severa y dijo que nos fuéramos a casa.

Una noche loca sin sentido. Hicimos nuestro camino de regreso a la ciudad y me fui a mi edificio de apartamentos de amigos. Al llegar al edificio de apartamentos, mi amigo me sugirió hacer barbaridades. Pensé «No está en su sano juicio», me encogí de hombros y me dije algo como, «¿por qué no?» Le pregunté a mi amigo lo que tenía en mente y sugirió “Sembrar el caos y destruir todo lo que estaba en nuestro camino”. No estoy orgulloso de lo que hicimos esa noche en Elmira, pero te diré de todos modos. Tenía una navaja y mi cómplice un cuchillo de cocina afilado que se utilizó para cortar 24 neumáticos de coches, romper los asientos y destruir radiadores de algunos coches. Lanzamos piedras grandes contra los cristales de los hogares y de una cervecería. Sacamos un barco a la calle, lo perforamos y volcó. Dañamos un mirador, un semáforo y una cruz se rompió de una vitrina en una iglesia local. Rompimos con botellas de cerveza, ventanas laterales y parabrisas de automóviles. Arrojamus una mesa a un estanque de peces y destruimos una valla. En total, 22 unidades recibieron daños. Todo esto ocurrió en aproximadamente un lapso de dos horas, entre las 3 a.m. y las 5 a.m. Cuanto tuvimos suficiente de esta locura nos dirigimos de nuevo al apartamento. La policía estaba golpeando en la puerta hacia las 7.00 horas. Alguien nos había visto corriendo por la parte posterior y le dio una descripción a la policía. No pasó mucho tiempo hasta que averiguaron que los dos jóvenes que fueron detenidos la noche anterior eran los posibles sospechosos. Mi cómplice y yo fuimos detenidos en locales separados para ser interrogados. La policía nos preguntó si habíamos sido nosotros. Me sentí muy mal y admití mi parte en la ola de crímenes. Mi cómplice no fue tan próximo a la culpabilidad, pero lo hizo confesar mi declaración. Los dos sabíamos que había estado mal.

El Sistema Judicial da un giro. En el momento de *El Caso Elmira*, Mark Yantzi era un oficial de libertad condicional y un voluntario del Comité Central Menonita en Kitchener. Se entregó nuestro caso a Mark y en una reunión con miembros de otros voluntarios, sugirió, "¿No sería mejor para estos delincuentes que se reunieran con sus víctimas?" Los infractores podrían ser responsables de sus acciones y reparar el daño causado. Mark sintió que podría haber algún valor terapéutico en este enfoque. Sin embargo, esto sólo era una idea. Otro voluntario, Dave Worth, le dijo a Mark que su idea era brillante y que debía sugerírsela al Juez. Mark, adjuntó un anexo a la parte posterior del informe que entregó al Juez. El Juez Gordon McConnell no veía una posibilidad legal para aplicar esta idea. Sin embargo, el Juez McConnell estaba cansado de la puerta giratoria de la justicia y

estaba buscando un nuevo enfoque para la justicia. No había ninguna base en la ley para que esa idea se pudiera llevar a cabo. Mark nos comentó que sería la mejor para todos. Si no estábamos de acuerdo con la idea, estábamos seguros de ver el interior de la cárcel durante mucho tiempo. Acordamos satisfacer a las víctimas lo que abrió la puerta para que el Juez incluyera esta idea como parte de nuestro pedido de libertad condicional.

Reunión con nuestras víctimas. La reunión con nuestras víctimas fue una de las cosas más difíciles que he hecho en toda mi vida. Acompañado por Mark Yantzi y David Worth (voluntario), fuimos a los hogares de las víctimas, una a una, para pedir disculpas y escuchar lo que las víctimas tenían que decir, determinando el importe de la restitución y asegurando que no volvería a suceder. Algunas de las víctimas nos perdonaron, mientras que otras nos querían dar una buena paliza. Sin embargo, hemos sobrevivido a la reunión con las víctimas de nuestra cadena de crímenes y unos meses más tarde, conseguimos restaurar los daños. El daño total fue de alrededor de \$ 2,200; pagamos todo eso y una multa, además de 18 meses en libertad condicional. Yo creía que era el final de la parte vergonzosa de mi vida. Yo no sabía que esto sería un experimento judicial. Sin saberlo, nació el Programa de Reconciliación Víctima Ofensor gracias a esa experiencia.

Descubriendo. Debido a una lesión en la espalda causada por muchos años de trabajo en la fábrica con manipulación de objetos pesados repetitivos, me vi obligado a cambiar mi tipo de trabajo. Mi elección de nuevos puestos de trabajo sería el campo de la seguridad. Yo estaba inscrito en el programa de Derecho y Administración de Seguridad en Conestoga College en Kitchener, Ontario. A menudo había oradores invitados que nos daban presentaciones sobre diversos temas. Un día mientras estaba sentado en una clase de Servicios de la Comunidad vino una conferenciante de Iniciativas de Justicia de la Comunidad de de la Región de Waterloo en Kitchener. Julie Friesen comenzó su conferencia al decir que a un oficial de libertad condicional llamado Mark Yantzi le fue entregado un caso inusual en el año 1974. Pensé para mis adentros, Mark Yantzi era mi oficial de libertad condicional en 1974. Entonces Julie comenzó a hablar de dos adolescentes borrachos y de una juerga de vandalismo en la ciudad de Elmira. Es entonces cuando me di cuenta. Quiero decir que realmente me impactó! Yo sabía que ella estaba hablando de mí y me sentí abrumado! Las palmas de mis manos sudaban y mi corazón latía con fuerza tanto que yo estaba teniendo problemas para tomar notas. Mi cara estaba encendida. Creo que de toda la sangre corrió por mi cuerpo. El tiempo parecía pasar muy lentamente. Julie mencionó que su oficina trató de contactar con los dos delincuentes para el 25 ° aniversario, pero no pudieron ser localizados. Me dije a mí mismo, “solo quedan 20 minutos” Fue una clase de dos horas y después de mucha deliberación, decidí decirle a Julie quién era

yo. Intercambiamos números y de repente estaba hablando con Mark en su oficina, después de 28 años de lo sucedido.

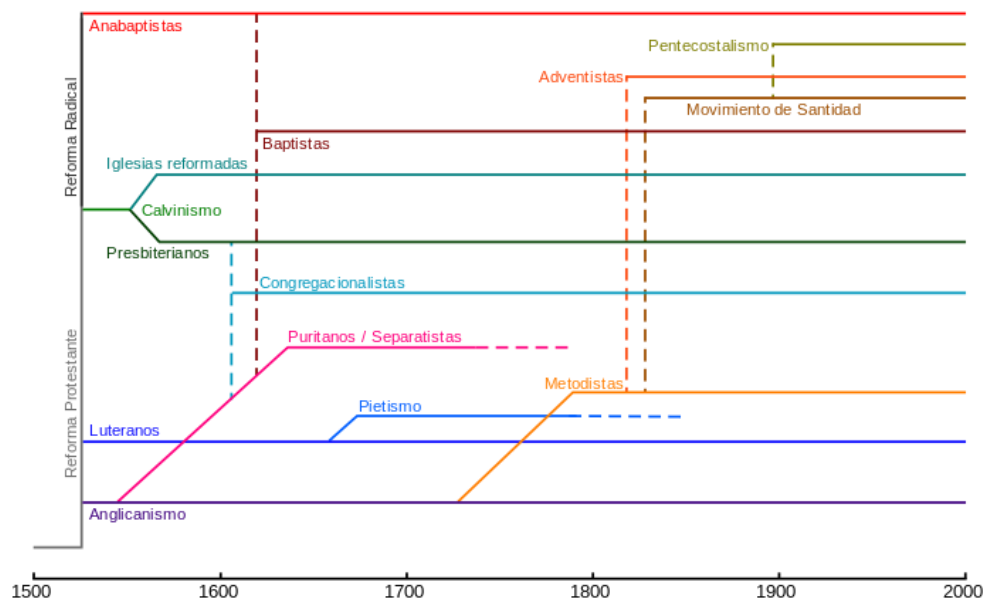
Una hora de la Recompensa. Todo esto hizo tal impresión en mí que me uní a las Iniciativas de Justicia Comunitaria. Me ocupé de la mediación y la formación. He pasado más de 250 horas de voluntario en la Corte Criminal asesorando a la Corona de Abogados, a los defensores, víctimas e infractores de casos en que puede proceder VORP. Además, mi tiempo libre me permite hacer la mediación en otros casos y promover la justicia restaurativa como filosofía y otros muchos programas. Iniciativas de Justicia Comunitaria (CJI) es una organización sin fines de lucro, conocida mundialmente por haber iniciado el primer programa de Justicia Restaurativa. Ofrecemos servicios de resolución de conflictos, de traumas sexuales y el apoyo a las mujeres después de salir de prisión. Servimos a todo el mundo, incluyendo a las familias, amigos, grupos, vecinos, escuelas y lugares de trabajo. Todos nuestros programas se basan en los principios de la justicia restaurativa, una forma de abordar los conflictos y el crimen que involucra a la persona que causó el daño y a las personas que se vieron afectados por el mismo. Iniciativas de Justicia Comunitaria (CJI) de la Región de Waterloo, Kitchener, Ontario, ha crecido enormemente desde sus humildes comienzos en 1974. En la actualidad hay muchos programas que se han desarrollado a lo largo de los años que ayudan a la comunidad y la sociedad en su conjunto para recuperarse de los daños de los conflictos y la delincuencia. Por último, el programa de mediación víctima – agresor se ha extendido a más de 80 países de la Unión Europea, así como los Estados Unidos, Nueva Zelanda, Australia, África, América del Sur y otros, teniendo verdadero éxito.

Desde que me gradué en Ley y Administración en la Universidad estoy muy contento. A partir del 19 de julio de 2004, soy empleado de las Iniciativas de Justicia Comunitaria (CJI) de la Región de Waterloo en Kitchener, Ontario. Yo me considero bendecido por tener esta oportunidad. Me hace sentir orgulloso y honrado de tener este privilegio de trabajar con un equipo dedicado de profesionales de la justicia restaurativa profesional. En mi trabajo puedo aprender de la plantilla, de la junta directiva y de los voluntarios. Mi capacidad para contribuir a esta causa sólo va a mejorar. En una reunión de personal en mi primer día de trabajo me sentía como "el chico nuevo del barrio" y al mismo tiempo me sentía "como en casa". Este es el lugar adecuado para mí y creo que estaba destinado a ser. Cuando usted piensa acerca de la vida con todos sus giros inesperados, a veces es difícil ver hacia dónde vamos ni por qué, pero todos tenemos un propósito en esta tierra grande y por fin encontré la mía. Al ver el resultado tan exitoso de este proyecto, los menonitas decidieron crear un programa en torno a esta idea de facilitar la reunión y el diá-

logo entre víctima y ofensor. Así comenzó el Programa de Reconciliación de Víctima/Ofensor) en Ontario (Canadá), bajo el impulso de grupos religiosos, basados en la creencia de la paz y no violencia, con el denominado, experimento Kitchener. En 1975 se dictó una ley a favor de la compensación del autor hacia la víctima y desde ahí ha continuado una mayor evolución del sistema. En 1977, en los Estados Unidos los menonitas iniciaron este modelo de mediación de víctima y ofensor en Elkhardt, estado de Indiana siendo éste el origen de la mediación en el sistema penal estadounidense.

En 1979 este programa se había convertido en la base de una organización no lucrativa llamada “El Centro para Justicia Comunitaria”. Programas similares gracias a voluntarios cristianos están funcionando en Inglaterra, Alemania y otros lugares de Europa con variedad de formas. La Asociación de Mediación Víctima/ofensor de los Estados Unidos se formó hace varios años para unir tales programas en los Estados Unidos. En Canadá, la cadena: Interacción para la Resolución de conflictos trabaja de forma similar que FIRM (Foro para Iniciativas en Reparación y Mediación, en el Reino Unido).

Ramificación del protestantismo a lo largo de los siglos



d. La sanación mediante el perdón

De la historia que personalmente nos ha contado Russ Kelly y que constituyó el primer antecedente de lo que se denomina *justicia restaurativa* en la modalidad de mediación penal podemos concluir como el hecho de pedir perdón a las víctimas fue para él lo más difícil, pero también lo más sanador y lo que le permitió comprender el impacto que el daño había producido. En ocasiones el agresor se arrepiente sinceramente y expresa su voluntad de restituir el daño producido y pide perdón y aún así la víctima quiere venganza. Por ello, creemos necesario exponer qué es el perdón, puesto que la víctima debería perdonar por ella misma, para liberarse de sus emociones negativas, no por el agresor.

San Pablo resume el mandamiento cristiano de perdonar en su Epístola a los Romanos: «Benedicid a los que os persiguen, bendicid y no maldigáis. Alegraos con los que se alegran, llorad con los que lloran. Tened un mismo sentir los unos para los otros; sin complaceros en la altivez; atraídos más bien por lo humilde; no os complazcáis en vuestra propia sabiduría. No devolváis a nadie mal por mal; procurad el bien a los ojos de todos los hombres. En lo posible y en cuanto de vosotros dependa, tened paz con todos. No os toméis la justicia por vosotros mismo, amadísimos, antes dad lugar a la cólera de Dios; pues escrito está: Mía es la venganza, yo daré el pago merecido dice el Señor. Por el contrario Si tu enemigo tiene hambre, dale de comer, si tiene sed, dale de beber». Romanos 12, 14 – 20. Por otra parte, podemos ver como en la Sagrada Escritura nos relata como «Él oró: “Padre, perdónalos porque no saben lo que hacen” (Lucas 23,34) [...]. La persona que no consigue perdonar, no consigue orar, no consigue amar, no consigue la paz»²⁸⁸.

Lo más significativo es que no podemos ni tan siquiera pretender acercarnos a Dios si no estamos en paz con los demás.²⁸⁹ Eso que parece tan fácil se vuelve difícil para muchos. ¿Cómo perdonamos? ¿Y si queremos perdonar pero no podemos? ¿Y si el trauma emocional es tan serio, las heridas y cicatrices tan profundas que el perdón está prácticamente más allá de nuestras fuerzas?

²⁸⁸ ZOVKO, J. ofm., *He ahí a tu Madre*, Zaragoza, Ed. Fundación María Mensajera, 1994, pág. 78. En sus escritos, Fray Jozo Zovko nos muestra el proceso del perdón que lleva a la sanación.

²⁸⁹ MENNINGER W., *El proceso del Perdón*, Bilbao, Ed. Desclée de Brouwer, 2009.

En torno a lo que realmente es el perdón, hay multitud de malinterpretaciones, existiendo conceptos erróneos del mismo. El perdón no es un mero acto del sentimiento, no supone exactamente olvidar puesto que en ocasiones no es posible, de hecho el verdadero perdón es plenamente consciente por lo que supone justamente lo contrario²⁹⁰, supone un conocimiento de lo que pasó y de la verdadera importancia que ello ha tenido en nuestra vida. Algunos se niegan a perdonar porque suponen erróneamente que ello significa que tenemos que enterrar una experiencia dolorosa o comportarnos como si nunca hubiera sucedido. Olvidar las ofensas puede implicar que estamos dejando pasar por alto una posible experiencia de aprendizaje. Por tanto, perdonar no es olvidar. Implica que el sentimiento de dolor que en otro tiempo nos controló ya no nos domina. Generalmente las personas descartan la posibilidad de perdonar al confundirlo con olvidar.

Perdonar tampoco significa consentir, ni tolerar y tampoco es una forma de absolución. El perdón no es un signo de debilidad sino de fortaleza. No necesitamos la rabia ni el resentimiento para protegernos. Nuestra fuerza se deriva de nuestro amor y nuestra libertad. El que perdonemos no depende de nuestro agresor, de lo que nos hizo, de si volverá a hacerlo o no, no es por nuestros agresores sino por nosotros mismos. Hay personas que llegan a identificarse tanto con sus heridas que para ellos perdonar significa perder su identidad cuando no se dan cuenta de que son seres humanos más allá de sus heridas. El perdón no supone una humillación ni una flaqueza. Perdonar significa dejar de querer vengarnos de nuestros agresores. El perdón nos permite darnos cuenta de que somos algo más que víctimas, somos seres humanos únicos e irrepetibles. No necesitamos nuestro odio, nuestro resentimiento en relación con el mal. El perdón nos da poder y libertad sobre nosotros mismos y sobre los demás.

Actualmente, se puede apreciar fácilmente como muchas relaciones humanas se destrazan irreversiblemente por el dolor que experimenta el ofendido, por la profundidad del daño que genera una ofensa, por la incapacidad de perdonar presente en la víctima o por la imposibilidad de pedir perdón por parte del ofensor ("no te puedo perdonar, aunque quisiera", "lo que hiciste no tiene perdón", "acepto que me perdones, pero soy yo el que no se puede perdonar lo que hice", "aunque te perdonara las cosas *ya no*

²⁹⁰ MENNINGER W., *El proceso del Perdón*, Bilbao, Ed. Desclée de Brouwer, S.A., 2009.

serían como antes", mientras que muchas relaciones humanas resultan fortalecidas y especialmente enlazadas a través del ejercicio del perdón como en el caso de Russ Kelly.

La ofensa así como toda desconsideración de cierta gravedad que se presenta en una relación entre dos personas cambia la naturaleza de una historia común. Aparecen nuevas experiencias: sorpresa, decepción, pena, vergüenza, temor. En una ofensa grave se puede percibir como *un cierto anticipo de muerte*: algo que era *deja de ser*, algo que estaba vivo, parece *estar muerto*, algo presente, *ausente*. Frente a estas experiencias la *objetividad* parece un horizonte inalcanzable o algo que no parece pertinente para abordar la situación: nadie quiere ser objetivo cuando lo ofenden. De este modo, el acto de la ofensa se presenta como algo que escaparía a toda tentativa de razonamiento. Frente a ella, el rencor y la venganza aparecen como algo casi *bestial*, y el perdón y la reconciliación como algo *casi divino o celestial*, pero que escapa a lógica humana²⁹¹.

En relación a la génesis del perdón, cabe destacar que el camino de reunión entre dos personas que han sido distanciadas por la ofensa, para que sea un encuentro profundo, genuino y verdadero, consta de varios elementos. En primer lugar implica en el agresor la conciencia moral del daño cometido, lo que supone la realización de un juicio de conciencia que requiere ciertas *condiciones de estabilidad* para que sea verdadero. Lo cual exige, a su vez, una doble educación de la inteligencia y la voluntad, a través de la virtud de la prudencia. En segundo lugar implica una confesión: con uno mismo y con la persona agredida. La confesión no es un simple análisis de la situación, sino que supone una doble función de *atribución* ("en la que el agresor se imputa el acto cometido") y de *reconocimiento*. La función de reconocimiento implica una responsabilidad por la que se asumen las consecuencias del acto realizado²⁹². La confesión dirigida al ofendido no es una simple información; al reconocimiento del hecho cometido, la confesión le añade el sentido de un mensaje que *restablece en su dignidad personal* al

²⁹¹ BURGRAFF, Y: El arte de perdonar. Conferencia pronunciada el sábado 22 de abril de 2007 en el Instituto de Estudios Superiores de la Familia (IESF) de la Universitat Internacional de Catalunya .www. teologoresponde.com

²⁹² LAFFITTE, J., *El perdón transfigurado*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 1999, p. 58.

ofendido. Así la confesión ejerce como tercera función una *liberación*. Finalmente, la confesión se completa con la *petición explícita del perdón*²⁹³.

De lo expuesto con anterioridad se evidencia que independientemente de la aplicación de la justicia al caso concreto, perdonar al agresor internamente tiene un efecto sanador, de ahí que sea uno de los pilares fundamentales de la Justicia Restaurativa.

Aunque no totalmente restringido a las comunidades de fe, la idea de reconciliación entre la víctima y el delincuente fluye naturalmente desde la perspectiva cristiana de que los seres humanos "todos somos hijos de Dios, dignos de la redención". Los valores cristianos siempre han mostrado "la compasión y el perdón para el delincuente" y la preocupación por "el dolor y el sufrimiento de las víctimas". Las nociones de pacto, la salvación y la liberación son evidentes en los programas de mediación delincuente-víctima: la reconciliación, la redención y la responsabilidad, de hecho los programas de mediación fueron establecidos por las comunidades cristianas en un esfuerzo por avanzar hacia un sistema de justicia más humano contrastando notablemente con la filosofía del actual sistema retributivo.

Como acertadamente señala **Corts Grau**, «... la Justicia, como la Prudencia, como la Belleza, tienen un ser y una razón de ser más allá de aquel hombre y de sus actos, más allá de nuestro juicio, y de la conducta y juicio de los demás»²⁹⁴

²⁹³ FUENTES MENDIOLA, A.: *La alegría de perdonar, el odio superado por el amor*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2010.

²⁹⁴ CORTS GRAU, J., *Axiología y Iusnaturalismo* en Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía. Mendoza. Argentina. Marzo – abril 2009. Tomo 2.

e. Justicia restaurativa penitenciaria

Incluimos los orígenes de la justicia restaurativa penitenciaria en este apartado dado que nace de las comunidades cristianas y del amor al prójimo, considerando que es uno de los ámbitos más importantes en que la justicia restaurativa debería estar regulada y aplicarse²⁹⁵

La prisión conforme explica el Dr. Álvaro Burgos²⁹⁶, es en sí misma considerada una institución que data de los siglos anteriores y que en la actualidad podríamos afirmar que ha entrado en un período de crisis, caracterizado por su pérdida de legitimidad, credibilidad y efectividad en relación al cumplimiento de la pena, la rehabilitación del delincuente y la reinserción social del mismo. Actualmente la cárcel no rehabilita, sino que claramente perjudica al ser humano y dificulta su rehabilitación y reinserción social. Pero existen programas restaurativos especialmente diseñados que pueden devolver la esperanza, la fe a estos seres humanos y a la sociedad en general y realmente rehabilitarlos para que nunca más vuelvan a delinquir, siendo personas capaces de respetar el ordenamiento jurídico establecido en la sociedad.

De entre estos programas por su particular éxito destacamos la denominada Metodología A.P.A.C. de la Confraternidad Carcelaria de Brasil y Costa Rica.

Los orígenes de la metodología A.P.A.C. se sitúan en 1972, en la Ciudad de Sao José Dos Campos, Brasil. Algo nuevo y revolucionario sucedió en las prisiones. Un grupo de voluntarios cristianos liderados por el Dr. Mario Ottoboni empezó a visitar un presidio en Humaitá, para evangelizar y dar apoyo a los presos. Todo el trabajo era empírico y se limitaba a resolver asistencialmente los problemas de los presos caracterizados por su violencia y agresividad y condenados por delitos contra la salud pública y contra las personas. Poco a poco con muchísima paciencia fueron diseñando un progra-

²⁹⁵ Dado que el presente trabajo de investigación se centra en el estudio de los orígenes de este movimiento y entendiendo que el ámbito penitenciario está incluido en él pasamos a exponer los orígenes de la Justicia Restaurativa Intra Muros, gracias a la información que personalmente nos ha facilitado D. Carlos Brenes, Director Ejecutivo de la Confraternidad Carcelaria de Costa Rica, a quien felicitamos por toda la extraordinaria labor que está realizando a nivel penitenciario y por el extraordinario éxito que están teniendo todos los programas.

²⁹⁶ Según los estudios realizados en Nuevo Gales del Sur, Australia. En Inglaterra y Gales. En Norte (Canadá y Estados Unidos). Disponibles en www.restorativepractices.org

ma para ayudar a los presos basado en la valorización humana y la evangelización. Gracias a su éxito el programa ha sido divulgado a más de 100 países por medio de congresos, seminarios y visitas al presidio de Humanitá.

En Costa Rica, la metodología A.P.A.C. se inicia en el año 2001, cuando la Dra. Jeannette Incera, Presidenta de la Asociación de la Confraternidad Carcelaria de Costa Rica toma la decisión de iniciar las gestiones para abrir un A.P.A.C. en Costa Rica, depositando esta responsabilidad en la Licenciada Martha Villareal, quien fue enviada a Brasil para investigar esta metodología. A.P.A.C. es un programa de Justicia Restaurativa basado en la dignidad humana, el amor, la confianza y la disciplina, que ofrece a las personas privadas de libertad las condiciones necesarias para recuperarse, promoviendo la paz social. Se diferencia del sistema actual que no prepara a la persona privada de libertad para volver a la sociedad en condiciones de convivir pacíficamente. Este programa recientemente se ha aplicado a 100 reclusos y únicamente 2 de ellos han vuelto a reincidir debido a su adicción a las drogas.

Normalmente los criminales son discriminados y no son vistos como personas respetables en su dignidad como imagen y semejanza de Dios.²⁹⁷ La metodología A.P.A.C. parte de la valorización humana puesto que toda persona es más grande que su propio error. Se trata de ayudar a un ser humano a tomar conciencia de su dignidad humana innata y a ejercitar y desarrollar todas sus capacidades. A los privados de libertad se les llama por su nombre y se cubren todas sus necesidades básicas.

La metodología A.P.A.C. supone también un proceso de evangelización en sentido amplio, incluyendo asistencia médica, jurídica, social, educativa y laboral. Asimismo supone un proceso de restauración puesto que insta a los internos a que se cuiden unos a otros. Otro de los programas restaurativos con gran éxito se denomina *árbol sicomoro* y consiste en un proyecto por el que el privado de libertad y su víctima se reúnen en 8 sesiones de 2 horas durante 8 semanas con la ayuda de profesionales preparados especialmente para lograr que salgan fortalecidas ambas partes.

²⁹⁷ OTTOBONI M. *¿Vamos a Matar el Criminal?*, Prison Fellowship Internacional, Centro de Justicia y reconciliación, Washington DC, USA., 2002, pág. 22.

En nuestro entorno, cabe destacar la extraordinaria labor que está realizando la Pastoral Penitenciaria de Valencia, tanto a nivel espiritual, como jurídico y social.

C. EL ABOLICIONISMO.

El abolicionismo, doctrina que propugna la abolición de normas que vulneren principios éticos y morales ha contribuido a la aparición del movimiento de *justicia restaurativa* de la mano de autores como Joe Hudson y Burt Galaway, Nils Christie, Albert Eglash, Howard Zehr, Daniel Van Ness, entre otros.

a. Joe Hudson y Burt Galaway

Se considera que una de las aportaciones más significativas al concepto de justicia restaurativa se debe al trabajo publicado en 1972 por Joe Hudson y Burt Galaway, denominado *Restitución en Justicia Penal: Un experimento de Minnesota*²⁹⁸.

En dicho trabajo se hace referencia a que el proceso de restitución está siendo desarrollado por el Departamento Correccional de Minnesota e implicará la cuidadosa formulación de un plan de restitución individualizada explícita, la participación del delincuente, un agente del sistema de justicia penal y siempre que sea posible la víctima. Seleccionados al azar entre hombres y mujeres delincuentes en el momento de ingreso en la cárcel se les ofrece la opción de vivir en un centro correccional de la comunidad y tomar la restitución como una alternativa a la reclusión penal. Un diseño de campo experimental que se propone medir los efectos del programa en relación con el programa de prisiones, así como el alcance de la reconciliación de la víctima y el delincuente²⁹⁹.

²⁹⁸ GORDILLO SANTANA, LUIS F. *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*, Madrid, Ed. Iusted, 2007.

²⁹⁹ FOGEL, D y GALAWAY, B. y HUDSON, J., *Restitución en Justicia Penal: Un experimento de Minnesota*, Boletín de Derecho Penal, 1972, pág. 681 – 691.

La figura más destacada del abolicionismo penal escandinavo es Thomas Mathiesen, considerado autor de la primera gran obra abolicionista: *The politics of abolition*, publicada en 1972, en noruego e inglés. Y paralelamente a la labor realizada por Thomas Mathiesen merece ser destacada la labor del abolicionista penal noruego, el profesor Nils Christie, profesor de Criminología de la Universidad de Oslo desde 1966.

b. La obra de Nils Christie

Si bien el trabajo anteriormente mencionado supuso una gran aportación para el nuevo movimiento, la doctrina entiende que la razón de ser de este nuevo modelo de justicia restaurativa se fundamenta en la obra de Nils Christie³⁰⁰. Sociólogo y Criminólogo noruego, a través de su artículo *Conflicts as Property*, publicado en 1976, argumenta la necesidad de establecer una alternativa al sistema penal tradicional que permita una solución diferente en relación a los conflictos.

³⁰⁰ Nils Christie (nacido el 24 de febrero 1928) es un Sociólogo y Criminólogo Noruego, fue profesor de Criminología emérito en el Departamento de Criminología de la Universidad de Oslo. Christie obtuvo el grado de magister en Sociología en 1953, y se convirtió en filósofo en 1960 con una Tesis titulada *Delinquentes juveniles de Noruega*. En 1966, Nils Christie fue el primero en Noruega, propuesto para el cargo de profesor de Criminología. Ha recibido un doctorado honoris causa por la Universidad de Copenhague y es miembro de la Academia Noruega de ciencias y Letras. Es conocido por sus críticas a la prohibición de las drogas, la sociedad industrial y las cárceles. Fue durante muchos años el Jefe del Departamento de Criminología y Sociología del Derecho. Ha escrito 15 libros - la mayoría de los cuales ha sido traducido a varios idiomas (sueco, danés, holandés, Inglés, finlandés, francés, alemán, italiano, mandarín, portugués, etc.) así como un gran número de artículos. Él ha sido - y sigue siendo - un participante activo en el discurso público sobre cuestiones relativas a la delincuencia y el castigo.

Entre sus publicaciones destacan:

- 1976 El Conflicto como Propiedad.
- 1984 *Los límites del dolor*, FCE, México D.F., 1984.
- 1993 *La industria del control del delito ¿La nueva forma del Holocausto*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- 2004 *Una sensata cantidad de delito*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- 2004 Una cantidad adecuada de la delincuencia.
- 2007 Más allá de la soledad y las instituciones. Municipios de gente extraordinaria.
- 2007 Límites de dolor: El papel del castigo en la política penal.

El profesor Christie, a quien debemos expresar nuestro más sincero agradecimiento por toda la información que nos ha proporcionado para la elaboración del presente trabajo de investigación y a quien felicitamos porque todas sus publicaciones e investigaciones nos han hecho reflexionar acerca del actual modelo de justicia tanto a nivel teórico como práctico y la posibilidad de proponer ideas, formas, programas, métodos y herramientas en el campo jurídico dentro de un nuevo modelo de justicia en beneficio del conjunto de la sociedad.

Este autor defiende la idea de una alternativa en la que las partes en conflicto, por ellas mismas, participan activamente en el proceso encontrando una solución a sus problemas. Por oposición, presenta el sistema judicial, en la que los letrados y operadores jurídicos se apropian del conflicto de terceros.³⁰¹ También en su trabajo fortalece la idea de revitalizar a la comunidad como instrumento de pacificación y participación ciudadana en los conflictos comunitarios.³⁰²

Este primer trabajo tuvo consecuencias importantes que motivaron reformas legales en su país, Noruega, pero también en el resto del mundo, con la aparición del movimiento abolicionista y del movimiento de justicia restaurativa. De la lectura del artículo titulado *El conflicto como propiedad*³⁰³, que Christie publicó en 1976 se desprende que el conflicto no es algo que deba resolverse, sino que debe poseerse. El sistema de justicia penal actual es el resultado de la apropiación por parte del Estado del conflicto entre la víctima y el delincuente. Una participación más directa en el proceso de las partes resolvería el conflicto de fondo, por ello el autor considera que este sistema representa una pérdida real y seria: «Esta pérdida es primeramente y ante todo una pérdida en oportunidades de aclaración de normas. Es una pérdida de posibilidades pedagógicas. Es una pérdida de oportunidades para una discusión continua de qué representa la ley de la tierra. ¿Qué tan equivocado estaba el delincuente, qué tan en lo cierto estaba la víctima? Los abogados están, como decimos, entrenados para estar de acuerdo sobre lo que es relevante en un caso. Pero eso conlleva una incapacidad entrenada de dejar que las partes decidan qué es lo que ellos piensan que es relevante. Eso significa que es difícil de poner en escena lo que podríamos llamar un debate político en la corte»³⁰⁴.

El profesor Christie propone una justicia participativa como una mejor respuesta al crimen, una respuesta caracterizada por un proceso dirigido a la comunicación entre los dueños del conflicto (víctima y victimario) llevándolos a la compensación del daño

³⁰¹ GORDILLO SANTANA, L. F., *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*, Madrid, Ed. Iusted. 2007.

³⁰² TRUJILLO, J., *Mediation: would it work in Spain too?* Universidad de Lovaina, Bélgica, Faculty of Law, Master in European Criminology, 2000, texto manuscrito.

³⁰³ CHRISTIE, N., *Conflicts as Property*, British Journal of Criminology, vol. 17, nº 1. Conferencia pronunciada originalmente el 31 de marzo de 1976. Acto inaugural del Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de Sheffield).

³⁰⁴ CHRISTIE, N., *El conflicto como propiedad*.

producido. De la lectura de su obra titulada: *Una sensata cantidad de delito*³⁰⁵ destaca su preocupación primordial como él mismo reconoce por el significado de delito, llegando a concluir que «El delito es un recurso ilimitado. Los actos con la potencialidad de ser vistos como delictivos son como un recurso natural ilimitado. Podemos tomar una pequeña porción de ellos para calificarlos como delito, o una grande. Los actos no son, se construyen, sus significados son creados al tiempo que suceden. Clasificar y evaluar son actividades centrales para los seres humanos. El mundo viene a nosotros al tiempo que lo constituimos. **El delito es por lo tanto un producto cultural, social y mental.** Para todos los actos, incluidos aquellos vistos como no deseados, hay docenas de posibles alternativas de comprensión: maldad, locura, perversión, deshonra, desborde juvenil, heroísmo político, o delito. Los "mismos" actos pueden por lo tanto encontrarse dentro de varios sistemas paralelos como el judicial, el psiquiátrico, el pedagógico y el teológico». Y manifestando abiertamente que el delito no existe como una entidad dada y que medir las variaciones en la manifestación de un fenómeno que cambia su contenido a través del tiempo no está entre las tareas que más le apasionen³⁰⁶.

Lo que más atrae de la obra de Christie es su argumentación en contra del castigo. En el capítulo *No al castigo* del libro *Una sensata cantidad de delito*, vemos como plantea ciertas cuestiones que llevan a la reflexión y que dada su importancia en este capítulo reproducidos a continuación: «Los abolicionistas plantean cuestiones como: ¿qué lógica y qué ética hacen tan cierto que el castigo tenga prioridad sobre una respuesta pacífica? Tú perdiste un ojo debido a mi deplorable conducta, pero yo te daré mi casa. Tú me heriste con tu forma desquiciada de conducir, pero yo te he perdonado. El castigo es dolor intencional. ¿El reparto de dolor intencional tiene ventajas como instrumento para restaurar los valores quebrados? ¿Tiene este dolor ventajas, y por lo tanto prioridad sobre la reconciliación, la reparación y el perdón? Yo estoy de acuerdo con la posición que está detrás de estas preguntas».

Asimismo comenta los problemas que llevaría la adopción de las posturas de un abolicionismo radical en el sentido de eliminar la ley penal y el castigo formal. «Los más radicales de ellos quieren eliminar la ley penal y el castigo formal totalmente. Pero

305

CHRISTIE, N., *Una sensata cantidad de delito*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

306

Ídem,

nos encontramos con grandes problemas con esta posición si la seguimos al extremo. La primera es la preocupación por aquellos que no desean llegar a un posible acuerdo o participar en un proceso de reconciliación. Algunos ofensores no tienen la habilidad, ni se atreverían a mirar a la víctima a los ojos, mucho menos a pedir perdón; entran en pánico y prefieren un proceso en un tribunal impersonal. Por otra parte, algunas víctimas tampoco consideran la reconciliación; prefieren que el ofensor sea castigado. En ambos casos comienza un proceso penal».

«Otra preocupación importante, si los castigos fuesen completamente abolidos, sería que los procesos de reconciliación podrían degenerarse. El ofensor, o sus parientes cercanos, podrían en la desesperación prometer demasiado, con el fin de llegar a una situación más favorable. El árbitro, el mediador o los participantes del debate deberían impedir esto, y podrían verse forzados a regresar dicho caso a los tribunales penales. O el ofensor podría estar expuesto a una presión demasiado fuerte de la otra parte. Hay instancias de pequeñas comunidades donde los hombres dominan el aparato de resolución de conflictos y donde las mujeres abusadas son sometidas a una continua supresión. En el entusiasmo por la mediación, es importante no olvidar que los rituales y arreglos en los tribunales penales pueden tener funciones protectoras importantes. Cuando las tensiones se desatan, incluso hasta la violencia inmediata amenaza, los solemnes y a veces también completamente tediosos y aburridos rituales en el aparato penal pueden tener un efecto calmante».

No obstante, tratemos de imaginar otro final para la historia. ¿Qué habría pasado si se hubiese utilizado mediación, y los parientes, después de un largo proceso dijese: "Tú mataste a nuestros hijos, pero te perdonamos? Con nuestro actual conocimiento de tu historia de vida, y con una aceptación de la sinceridad de tu profundo arrepentimiento, te hemos perdonado. Sabemos lo que será tu futuro si tienes que pasar años en prisión, por eso le rogamos a las autoridades que te liberen". ¿Qué habría sucedido si esto hubiese sido dicho por los parientes y acogido por las autoridades? No tengo dudas de que esto sea una solución en concordancia con las raíces profundas de nuestra moralidad. Pero al mismo tiempo no tengo ninguna duda de que es completamente irrazonable esperar que esto suceda, mucho menos demandar que los seres más próximos a los asesinados tomen parte en un proceso de negociación que podría llevar a un resultado como este. Es perfectamente entendible y moralmente irreprochable que los seres más queridos elijan el castigo para el ofensor. Pero si la mediación tuviera lugar, ¿podríamos entonces concebir una situación donde el caso terminara de esa manera, con el perdón? ¿Por qué debería ser obvio que el caso todavía perteneciera al fiscal y a las autoridades penitenciarias? Si todas

las víctimas, y todos los parientes de aquellos que no pueden ya hablar, pidieran que reinara el perdón, entonces quizá, un sociólogo tomaría a Emile Durkheim en sus manos y discutiría por la salud de la cohesión social de esa sociedad en particular, sería necesario que el castigo siguiera a los actos indeseables.

Pero la posibilidad de tal perdón de las partes involucradas es tan lejana que esta clase de advertencia es tan realista como una advertencia sobre el derrumbe del mercado del petróleo porque mucha gente ha encontrado moralmente correcto deshacerse del uso de los automóviles privados. Pero si esto sucediera, yo estaría del lado de aquellos padres que quisieran perdonar. ¿Pero sería eso justicia? En casos extremos, los niños son sexualmente abusados en forma horrible y luego asesinados. ¿Puede estar bien dejar ir a los culpables sólo con palabras? Pero la posición opuesta puede ser también una respuesta incorrecta. El castigo nunca puede ser igual al mal cometido. Como escribe Giertsen (2003), aquí en mi traducción: "El castigo es una expresión simbólica, no puede volverse igual al crimen cometido sobre una relación de uno por uno, y no puede ser usado como una vara de medición expresando el valor de la víctima. El castigo es primero y antes que nada una declaración de que un acto ha dañado un valor importante, un valor que debe ser restablecido.

Condenar no puede ser equivalente a dañar. Los parientes podrían decir: "el que mató fue sólo sentenciado a doce años, mientras que nuestro hijo perdió su vida entera". ¡Eso es incorrecto! Pero también están en lo cierto al mismo tiempo. Pero están razonando de una manera que llevaría a la sociedad a condiciones inaceptables. Si queremos preservar a la humanidad, no es una cuestión de simple retribución. El hijo perdido no puede ser traído de vuelta, un daño similar sería tomar la vida del delincuente y someterla a condiciones equivalentes a las de su manera de actuar. Nuestra ética debe tener una perspectiva más amplia. Si el castigo ha de tener lugar, este castigo debe representar la totalidad de nuestros valores. Las víctimas y los movimientos de víctimas se sienten a menudo muy heridos cuando su sufrimiento no se refleja en las condenas sobre una base de uno por uno. Esto se expresa frecuentemente como una crítica a los tribunales, una crítica enérgicamente traída la superficie por los medios y de allí hacia los políticos.

¿Cómo manejar esta situación? No hay otras maneras más que las usuales: contraargumentos, intercambio de ideas, intentos de clarificación. La elección por la política penal es una cuestión cultural. No es una cuestión de instintivas acciones y reacciones. Es un área llena de profundas cuestiones morales. Es un área para novelistas, dramaturgos, artistas —y para todos los ciudadanos—. No es sólo para expertos, por supuesto que no. Pe-

ro tampoco es sólo para víctimas. Debe ser un coro de voces, introduciendo un concierto de intereses, teniendo en cuenta que parte de estos intereses no son fácilmente digeridos y que en gran medida no guardan armonía. Mientras más sea visto este ámbito como algo cultural, menos lugar queda para soluciones simplificadas».

Concluye que el abolicionismo en su forma más pura no es una posición alcanzable y que no podemos abolir totalmente el sistema penal. Asimismo afirma que se encuentra dentro de la corriente minimalista del abolicionismo entendiendo por la misma que esta corriente se encuentra cerca de la posición abolicionista pero acepta que en ciertos casos el castigo sea inevitable.

Espero que el razonamiento en este punto deje en claro que el abolicionismo, en su forma más pura, no es una posición alcanzable. No podemos abolir totalmente el sistema penal. Pero mostraré en los próximos capítulos, que podemos adentrarnos mucho en esa dirección. El delito no existe como un fenómeno natural. El delito es sólo una dentro de muchas posibles maneras de ver a los actos deplorables. Somos libres de elegir, y la variación en los niveles de castigo a través del tiempo dentro de los diferentes Estados y también entre Estados, es una ilustración de esa libertad. En esta situación, la posición que está cerca de mi corazón podría llamarse minimalismo. Esto está cerca de la posición abolicionista, pero acepta que en ciertos casos el castigo es inevitable. Ambos, abolicionistas y minimalistas, toman los actos indeseables como su punto de partida, no los actos definidos como delitos. Y se preguntan cómo puede hacerse frente a estos actos. Indemnizar a la parte damnificada, o establecer una Comisión para la Verdad o ayudar al ofensor a pedir perdón, ¿puede ayudar a manejar el conflicto? Una posición minimalista nos permite elegir. Tomando como punto de partida toda la secuencia de eventos que llevan a la acción indeseada, pensar se vuelve una, y sólo una, entre muchas opciones. Dejar que el análisis surja de conflictos, más que de delitos, otorga una perspectiva liberadora. Significa que no estamos atrapados en una "necesidad penal", pero somos libres para elegir. Esto es bueno —y malo—. Esto remueve la rigidez de ver al castigo como una obligación absoluta, pero nos constriñe a dar las razones de nuestra elección entre punir o no punir.

Sin duda, la obra del profesor Christie nos lleva a reflexionar acerca de cuestiones tan importantes como el significado del delito y el papel del Derecho Penal en la actualidad.

c. Albert Eglash

Albert Eglash, un destacado psicólogo americano trabajaba con personas privadas de libertad y observó la necesidad de que se responsabilizaran de su comportamiento y fueran conscientes del daño que habían ocasionado, viendo en ello el valor terapéutico y rehabilitador. Albert Eglash presentó una ponencia en una conferencia sobre la restitución en 1975 que fue publicada en 1977, *Restitución en Justicia Criminal: Una evaluación crítica de las sanciones* en el que profundiza en las distintas maneras en que el derecho penal enfrenta la criminalidad elaborando el concepto de *restitución creativa*, técnica de rehabilitación mediante la cual se ayuda al infractor mediante una supervisión apropiada a ver el modo correcto de compensar a las personas que ha dañado.

d. Howard Zehr

Uno de los autores que ha tratado el tema de este nuevo modelo de *justicia restaurativa* es el profesor Howard Zehr³⁰⁷. El profesor Zehr en sus libros expone los beneficios que para las víctimas y para los delincuentes supone la asunción de la responsabilidad de los hechos, haciendo bien lo mal hecho previamente y reparando el daño causado, considerando que la interacción víctima y delincuente implica una reestructuración de los daños morales y materiales ocasionados³⁰⁸, centrándose en la reparación del daño más que en el castigo³⁰⁹.

³⁰⁷ Howard Zehr es profesor de Sociología y Justicia Restaurativa en la Universidad del este de Mennonite en Harrisonburg (Virginia, Estados Unidos); es codirector del Centro para la Justicia y fue el director 19 años de la Oficina Mennonite del Comité Central de Crimen y Justicia. Es considerado un pionero en el campo de la justicia restaurativa y es autor de multitud de obras, entre las que destacar los libros de justicia y las series de establecimiento de la paz.

³⁰⁸ TRUJILLO, J., *Mediation: would it work in Spain too?* Universidad de Lovaina, Bélgica, Faculty of Law, Master in European Criminology, 2000, texto manuscrito.

³⁰⁹ ZEHR, H., *Changing Lenses: A new focus for Crime and Justice*. Herald Press, Pennsylvania, 1990.

e. Daniel Van Ness

Daniel Van Ness³¹⁰ sugiere que la formación de este nuevo modelo de *justicia restaurativa* podría estar basada en 4 principios o valores. En su obra pone de manifiesto que *el crimen* significa algo más que la vulneración de la ley, puesto que causa lesiones y perjuicios a las víctimas, a los victimarios y a la comunidad:

1. La justicia debería enfocarse a la curación de las víctimas, los delincuentes y la comunidad tras la lesión causada por la comisión del crimen.
2. Las víctimas, los victimarios y la comunidad deberían darse una oportunidad para involucrarse activamente en el proceso de justicia tan pronto como fuera posible.
3. Debemos reflexionar acerca de la responsabilidad del gobierno en este aspecto, puesto que son responsables de preservar el orden, la justicia y establecer la paz.
4. Encuentro, reparación, reintegración y participación.
 - ♦ El *Encuentro*: consiste en la relación personal y directa entre la víctima, el autor u ofensor y/u otras personas que puedan servir de apoyo a las partes y que constituyen sus comunidades de cuidado o afecto.
 - ♦ La *Reparación*: Es la respuesta que la justicia restaurativa da al delito. Puede consistir en restitución o devolución de la cosa, pago monetario, o trabajo en beneficio de la víctima o de la comunidad. La reparación debe ir primero en beneficio de la víctima concreta y real, y luego, dependiendo de las circunstancias, puede beneficiar a víctimas secundarias y a la comunidad.
 - ♦ La *Reintegración*: Se refiere a la reintegración tanto de la víctima como del ofensor en la comunidad. Significa no sólo tolerar la presencia de la persona en el seno de la comunidad sino más aún, contribuir a su reingreso como una persona integral, cooperadora y productiva.

³¹⁰ Daniel Van Ness ha trabajado con la Confraternidad Carcelaria durante más de 30 años y comenzó el Centro de la Confraternidad Carcelaria Internacional para la Justicia y la Reconciliación. Dirigió el diseño del Proyecto Sicomoro, un programa de concienciación entre víctimas y delincuentes que ahora se lleva a cabo en 34 países.

- ♦ La *Participación o inclusión*: Consiste en brindar a las partes (víctimas, ofensores y eventualmente, la comunidad), la oportunidad para involucrarse de manera directa y completa en todas las etapas de encuentro, reparación y reintegración. Requiere de procesos que transformen la inclusión de las partes en algo relevante y valioso, y que aumenten las posibilidades de que dicha participación sea voluntaria.

La *justicia restaurativa* toma diferentes formas, existiendo una variedad de programas y prácticas, pero todos estos sistemas y prácticas comparten principios comunes. **Según este enfoque, las víctimas de un crimen deben tener la oportunidad de expresar libremente, y en un ambiente seguro y de respeto, el impacto que el delito ha tenido en sus vidas, recibir respuestas a las preguntas fundamentales que surgen de la experiencia de victimización, y participar en la decisión acerca de cómo el ofensor deberá reparar el mal causado.**

D. EL MOVIMIENTO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

Una de las fuentes principales que ha contribuido notablemente a la aparición del nuevo paradigma de *justicia restaurativa* es el movimiento de resolución alternativa de conflictos³¹¹. El movimiento de resolución alternativa de conflictos (ADR) surgió en Estados Unidos en la década de 1970 como una fuerte crítica frente a la insatisfacción del sistema tradicional basado en la *justicia retributiva*, apoyado por los estudios de los antropólogos de los años sesenta y setenta como Palumbo, Mushen y Hallet³¹². Este movimiento está inspirado en la *mediación* que realizaban los sacerdotes y ancianos de algunos grupos étnicos y religiosos de Norteamérica, por tanto, sus raíces se encuentran tanto en las tradiciones indígenas como en las comunidades cristianas. Tiene como finalidad la búsqueda de un enfoque más consensual de la resolución de conflictos, más accesible a la comunidad, de un proceso que genere la fórmula de *ganar – ganar* y no la fórmula conocida como *ganar – perder*, es decir, que las dos partes del conflicto salgan vencedoras del mismo.

Actualmente el movimiento de resolución alternativa de conflictos está gestionando nuevas fórmulas de resolución de conflictos como la mitigación, la conciliación, la mediación, el arbitraje, mini-juicio, evaluación neutral temprana, juicio por jurado resumen, etc. Cabe destacar al respecto, que el primer programa de resolución alternativa de conflictos conocido como VORP se desarrolló en Ontario como consecuencia del denominado *Caso Elmira* que hemos expuesto con anterioridad. Al ver el resultado tan exitoso de este proyecto, *los menonitas* decidieron crear un programa en torno a esta idea de facilitar la reunión y el diálogo entre víctima y ofensor. Así comenzó el *Programa de Reconciliación de Víctima/Ofensor* en Ontario (Canadá), bajo el impulso de grupos religiosos, basados en la creencia de la paz y no violencia, con el denominado *Experimento Kitchener*.

³¹¹ BRENES QUESADA, C., *Justicia Restaurativa. Una herramienta para la solución al fenómeno de la criminalidad costarricense*, San José, Costa Rica, 2009.

³¹² GORDILLO SANTANA L.F., *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*, Madrid, Ed. Iustel, 2007.

En 1973 se crearon las Asociaciones de Profesionales de Resolución de Disputas, *Society of Professionals in Dispute Resolution*, SPIDR y el *Dispute Resolution Center*. En 1977, en los Estados Unidos los menonitas iniciaron este modelo de mediación de víctima y ofensor en Ekhardt, estado de Indiana siendo este el origen de la mediación en el sistema penal estadounidense. En 1979 este programa se había convertido en la base de una organización no lucrativa llamada *El Centro para Justicia Comunitaria*. Programas similares gracias al esfuerzo de voluntarios cristianos, están funcionando en Inglaterra, Alemania y otros lugares de Europa, por supuesto tienen variedad de formas para hacerlo. La asociación de mediación víctima/ofensor de los Estados Unidos se formó hace varios años para unir tales programas en los Estados Unidos. En Canadá, la cadena: Interacción para la Resolución de conflictos trabaja de forma similar que FIRM (Foro para Iniciativas en Reparación y Mediación, en el Reino Unido). En 1980 se dictó la *Dispute Resolution Act*, que estableció una regulación para los proyectos iniciales de mediación comunitaria. El movimiento se denominó *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Así pues, vemos como en EEUU y Canadá surgieron los primeros proyectos de mediación y conciliación (Victim Offender Reconciliation Programs, VORP) y los programas de restitución, más centrados en la reparación material del daño sufrido por la víctima que se orientan a conseguir la pacificación de las relaciones³¹³.

de los objetivos del movimiento de resolución alternativa de conflictos son coherentes con los objetivos del movimiento por la justicia restaurativa. Por ejemplo, la justicia restaurativa también apunta a la satisfacción individual, la solidaridad social y la transformación personal. Además, muchos programas de justicia restaurativa son informados por las prácticas de ADR, como la mediación. Por lo tanto, a pesar de que el ADR no puede considerarse un paradigma de justicia restaurativa, el movimiento ha contribuido significativamente al desarrollo de la *justicia restaurativa*. A su vez, los principios de *justicia restaurativa* han sido reconocidos como aplicables e importantes en los conflictos particulares de actos ilícitos, particularmente en el contexto de las relaciones en curso, como las controversias entre empleados y empleadores, los negocios y la familia.

³¹³ GORDILLO SANTANA L. F., *La Justicia Restaurativa...*op.cit.

A pesar de la estrecha relación entre los dos movimientos, el ADR continúa siendo identificado para resolver las disputas civiles o privadas y la *justicia restaurativa* se asocia más al ámbito penal. A medida que estos movimientos de obtener una mayor importancia en el mundo jurídico, es probable que haya más intercambio de ideas entre las dos tradiciones.

En la antigua China, la conciliación y la mediación fueron los principales recursos para resolver desavenencias. La mediación se sigue ejerciendo en la República Popular China a través de los comités populares de conciliación. En Japón, país de rica tradición mediadora en sus leyes y costumbres, el líder de una población se erigía en mediador para ayudar a sus miembros a resolver sus diferencias. Con el tiempo se aprobaron disposiciones legales para que los tribunales japoneses emplearan la conciliación de forma habitual.

La adaptación a Europa de un movimiento de ADR semejante al estadounidense resultaba particularmente compleja por diversas razones, a excepción del Reino Unido, que es el país de la Unión Europea que por su afinidad cultural y jurídica con los Estados Unidos ha acogido con más intensidad las técnicas de ADR en áreas tan diversas como el derecho comercial, la responsabilidad médica o el derecho del deporte. En países como la República Federal Alemana, que no se caracteriza especialmente por la cultura negocial característica de los sistemas del common law, la utilización de la mediación se ha incrementado considerablemente en los últimos años, como un mecanismo de lo que se denomina *Alternative in der Ziviljustiz*, en materias tales como la resolución de conflictos que afectan al medio ambiente, derechos económicos, conflictos laborales, arrendamientos, disputas entre vecinos, o cuestiones que afectan a los consumidores.

En el año 1995 entró en Francia la Ley de Mediación Procesal, que modifica el artículo 131 del Código de Procedimiento Civil e introduce explícitamente la mediación. Además de la conciliación como proceso previo y obligatorio antes de iniciar el juicio, se instaura la figura del mediador, inspirado en el ombudsman sueco, cuya función es hacer recomendaciones a la administración sobre cómo habría de resolverse la disputa, sin facultades para obligarla.

En España se observa un cierto retraso en la asimilación de las técnicas de ADR, al no pertenecer a aquellos países que han potenciado desde la Universidad, desde la judicatura o desde el legislativo, la utilización de esas fórmulas alternativas, si bien últimamente se aprecia un movimiento en alza, especialmente en el ámbito de la mediación familiar. En la última década se ha observado no obstante una potenciación, desde diversos foros, de la técnica de la mediación, habiéndose desarrollado diversas iniciativas, tanto en Cataluña como en el resto de España, para fomentar y difundir la mediación mediante programas de formación y capacitación.

Así pues, vemos como el movimiento de resolución alternativa de conflictos empezó como la *búsqueda de un enfoque más consensual de la resolución de problemas, orientado a formas comunitarias más accesibles de resolución de conflictos... para un proceso que genera "ganar-ganar" en lugar de "ganar-perder" o suma cero resultados*. Hoy en día, sin embargo, ADR abarca procesos más amplios, incluida la negociación, la conciliación, la mediación, evaluación neutral temprana, mini-juicio, juicio por jurado resumen, la mediación arbitral y el arbitraje.

Los objetivos y finalidades esenciales de la *resolución alternativa de conflictos* son coherentes con los objetivos del movimiento por la *justicia restaurativa*. De hecho, ambos apuntan a la solidaridad social y la transformación personal. Además, muchos programas de justicia restaurativa están basados en la resolución alternativa de conflictos, como la mediación. Por lo tanto, a pesar de que el movimiento de resolución alternativa de conflictos, no puede considerarse en su integridad como un paradigma de justicia restaurativa, sin duda ha contribuido significativamente al desarrollo de la *justicia restaurativa*.

CAPITULO IV

EI DERECHO RESTAURATIVO

A. EL SUJETO COGNOSCENTE

Una de las cuestiones más interesantes en torno a la *epistemología de la justicia restaurativa* dentro de este nuevo paradigma, es la que se refiere al *sujeto epistémico*, *sujeto cognoscente* o *sujeto de conocimiento*, la «persona que conoce», el «ser pensante» que realiza el acto de conocimiento, la persona que conoce como se lleva a cabo el proceso restaurativo. Jean Piaget considera al respecto que «el sujeto se encuentra en permanente interacción con la realidad que procura conocer para asegurar las continuas adaptaciones para mantener un equilibrio en esos intercambios dado que conocer un objeto, comprenderlo, es actuar sobre él y transformarlo».³¹²

Desde el estudio e investigación de las fuentes de este nuevo movimiento de justicia restaurativa consideramos que es necesario que reflexionemos acerca de quién tiene competencia para conocerla y aplicarla, qué denominación es la más apropiada para este sujeto epistémico y que capacitación y cualidades debe poseer dicho sujeto cognoscente.

a) La denominación del sujeto cognoscente

En cuanto a la denominación del sujeto cognoscente, cabe destacar que dentro de los instrumentos internacionales de la Organización de Naciones Unidas, nos encontramos con *Los principios básicos de las Naciones Unidas sobre la utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de Naciones Unidas de 2002*, que en su apartado I.2 relativo a *Uso de términos*, establece que se entiende por *Proceso Restaurativo* «Cualquier proceso en el que la víctima y el delincuente y cuando es adecuado cualquier otro individuo o miembros de la comunidad afectados por un crimen, partici-

³¹² PIAGET J., *Lógica y conocimiento*, Buenos Aires, Emecé, 1967.

pan en conjunto activamente en la resolución de asuntos derivados del crimen, generalmente con la ayuda de un *facilitador*. Los procesos restaurativos pueden incluir mediación, conciliación, conferencias y círculos de sentencias»³¹³, estableciendo en su punto 5 relativo a la figura del *Facilitador* que «se refiere a una persona cuyo rol es facilitar de manera justa e imparcial, la participación de las partes en un proceso restaurativo»³¹⁴. Por tanto, la función de la figura del *facilitador*, como podemos observar es precisamente la de hacer posible, *facilitar, la participación de las partes en un proceso restaurativo*.

La investigación realizada en esta Tesis Doctoral nos ha permitido diseñar en la práctica un proceso restaurativo encaminado a restaurar el conflicto así como a las partes intervinientes en el mismo. Es por ello, que consideramos, que dado que la función del sujeto cognoscente en el proceso restaurativo que proponemos no se limita únicamente a facilitar o hacer posible la participación de las partes en el proceso sino a *restaurar el conflicto y a las partes implicadas en el mismo*, la denominación más apropiada desde el punto de vista léxico-semántico para dicho sujeto cognoscente sería la de *Restaurador*, haciendo mención expresa así a las funciones que esta figura desempeña en el ejercicio de sus funciones.

Dentro de esta figura profesional dependiendo del nivel de conocimientos podría darse la clasificación bien como voluntarios o como profesionales, entre *Agentes Restaurativos* (que exige conocimientos básicos en justicia restaurativa y no requiere titulación universitaria) y *Especialistas, Expertos o Técnicos Restaurativos* (figura que requiere titulación universitaria y conocimientos especializados en justicia restaurativa).

³¹³ UNODC (Office on Drugs and Crime. United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], «Anexo II. Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Utilización de los Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de las Naciones Unidas de 2002», *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006, pág. 100.

³¹⁴ UNODC (Office on Drugs and Crime. United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], «Anexo II. Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Utilización de los Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de las Naciones Unidas de 2002», *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006, pág. 100.

b) La capacitación técnica del sujeto cognoscente

Llamamos «capacitación técnica» a la capacitación especializada que consiste en dotar de los conocimientos teóricos y prácticos correspondientes a un profesional para un puesto de trabajo específico. En los *Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Utilización de los Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de las Naciones Unidas de 2002*, dentro del apartado tercero dedicado al *Funcionamiento de los programas de justicia restaurativa* se indica expresamente que: «12. Los Estados Miembros deben considerar la posibilidad de establecer directrices y normas, con base legislativa cuando sea preciso, que rijan la utilización de los programas de justicia restaurativa. Esas directrices y normas deberán respetar los principios básicos aquí enunciados y versarán, entre otras cosas, sobre lo siguiente:

- a) Las condiciones para la remisión de casos a los programas de justicia restaurativa;
- b) La gestión de los casos después de un proceso restaurativo;
- c) *Las calificaciones, la capacitación y la evaluación de los facilitadores;*
- d) La administración de los programas de justicia restaurativa;
- e) Las normas de competencia y las reglas de conducta que regirán el funcionamiento de los programas de justicia restaurativa»³¹⁵.

Por otra parte, dentro del apartado tercero en el punto 18, se indica que «Los facilitadores deben realizar sus deberes de manera imparcial, con debido respeto a la dignidad de las partes. En tal capacidad, los facilitadores deberán asegurar que las partes actúen con respeto unas y otras y deberán hacer posible que las partes encuentren una solución pertinente entre sí» y en el punto 19 se establece que «Los facilitadores deberán poseer un buen conocimiento de las culturas y las comunidades locales y, cuando proceda, recibirán capacitación inicial antes de asumir sus funciones de facilitación»³¹⁶.

³¹⁵ UNODC (Office on Drugs and Crime. United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], «Anexo II. Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Utilización de los Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de las Naciones Unidas de 2002», *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006, pág. 101.

³¹⁶ UNODC (Office on Drugs and Crime. United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], «Anexo II. Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Utilización de los Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de las Naciones Unidas de 2002», *Manual*

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, (UNODC) elaboró en 2006, el *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. En el capítulo cuarto de dicho Manual denominado *De los principios a la práctica: implementación de programas de justicia restaurativa*, el apartado 4.2 referente a *Diseño del programa y planeación de la implementación*, hace referencia expresamente a *los facilitadores* indicando que «Los *Principios Básicos* insisten en que los facilitadores deben recibir *capacitación* para asegurar que tengan la experiencia necesaria para llevar a cabo su papel y, cuando sea necesario, deben comprender la cultura local y las comunidades. Es deseable que se establezca una estructura y un proceso para certificar a los facilitadores e implementar un sistema para regular a los mediadores que estén involucrados en programas de justicia restaurativa»³¹⁷.

El *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa* asimismo señala en el mencionado capítulo cuarto que: «A menudo se dice que los facilitadores o mediadores, junto con los gerentes de programa, pueden hacer o deshacer un programa. Así que gran parte del éxito del proceso depende de sus habilidades y su compromiso con el programa. Su reclutamiento y capacitación, por lo tanto, se vuelve esencial para cada nuevo programa y sigue siendo importante durante toda la existencia del programa. Hay cuestiones relativas al reclutamiento de facilitadores (voluntarios o profesionales) que no son para nada triviales, sino que se solucionan mejor caso por caso. Algunos programas pueden usar los servicios de profesionales acreditados y/o profesionalmente capacitados que ofrecen sus servicios para facilitar dicho proceso. Esta es la ventaja de permitir un programa con pocos casos y que tenga acceso a profesionales capacitados sin tener que emplearlo en tiempo completo. Las asociaciones profesionales o agencias gubernamentales pueden crear una lista de facilitadores o mediadores disponibles, a veces con remisión a un esquema de acreditación. Cada programa debe identificar las habilidades que necesitan sus facilitadores/mediadores para integrar la información necesaria en sus actividades de reclutamiento y capacitación»³¹⁸.

sobre Programas de Justicia Restaurativa, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006, pág. 102.

³¹⁷ UNODC (Office on Drugs and Crime. United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006, pág. 47.

³¹⁸ UNODC (Office on Drugs and Crime. United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006, pág. 48.

Por tanto, en relación a la capacitación es muy importante la elaboración de un programa de capacitación que debe contener la definición, los objetivos del programa, las características, sus contenidos y las diferentes técnicas e instrumentos que se deben conocer. Según Guerrero, un programa de capacitación «es un proceso estructurado y organizado por medio del cual se suministra información y se proporciona habilidades a una persona para que desempeñe a satisfacción un trabajo determinado»³¹⁹. Para Chia-venato, un programa de capacitación es «un proceso a corto plazo aplicado de manera sistemática y organizada, mediante el cual las personas obtienen conocimientos, aptitudes, y habilidades en función de objetivos definidos»³²⁰.

En el capítulo quinto del *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa* se hace mención expresamente a que «Las habilidades básicas requeridas de los facilitadores incluyen: habilidad para crear un ambiente en que las partes sean libres y tengan interacciones seguras; habilidades de comunicación (incluyendo habilidades especiales de lenguaje, cuando los miembros de los grupos minoritarios hablan un lenguaje diferente); habilidades de escucha activa; habilidad de manejar y ayudar a la gente a lidiar con la intensidad emocional; habilidad de ayudar a las partes a decir y escuchar cosas difíciles; habilidad de balancear los intereses/poder de los participantes; habilidad de expresar apoyo y empatía»³²¹.

Entendiendo que sería deseable que los miembros de la carrera judicial y fiscal estuvieran formados en este paradigma restaurativo, nos encontramos con el *Código de Ética del Poder Judicial de la Federación de la Suprema Corte de Justicia de México*, que señala que la excelencia debe convertirse en el perfil ideal de un buen juzgador; siendo definida como «el perfeccionamiento diario del juzgador en el desarrollo de las siguientes virtudes judiciales: humanismo, justicia, prudencia, responsabilidad, fortale-

³¹⁹ GUERRERO, J. *Programa de Capacitación en Inteligencia Emocional con Técnicas Cognitivo-conductuales para los Directivos de Educación*, Tesis Doctoral, Mérida, Venezuela, 2015.

³²⁰ CHIAVENATO, I. *Administración de recursos humanos*, México, Ed. Mc. Graw Hill, 1998, pág. 418.

³²¹ UNODC (Office on Drugs and Crime. United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006, pág. 65 y 66.

za, patriotismo, compromiso social, lealtad, orden, respeto, decoro, laboriosidad, perseverancia, humildad, sencillez, sobriedad y honestidad»³²².

El Doctor Katz en su obra *Derecho Procesal Hebreo y Mexicano* indica que Moshe ben Maimón, también conocido como Maimónides³²³ afirma que «los jueces deben cumplir ciertos requisitos para ocupar la judicatura. En concreto, afirma que el Juez debe reunir siete cualidades fundamentales: Sabiduría, humildad, temor a Dios, desprecio del dinero, amor a la verdad, amor a la gente y buena reputación. Un juez debe tener buen ojo y alma humilde, debe ser agradable socialmente y dirigirse a la gente con amabilidad, debe ser muy estricto consigo mismo y dominar todo impulso de voluptuosidad. Debe tener valor para salvar al oprimido del odio, la crueldad y la persecución del opresor, evitando toda injusticia»³²⁴.

Lo deseable por tanto, es que el sujeto cognoscente sea una persona virtuosa, dado que las virtudes intelectuales y morales facilitarán que sus acciones estén orientadas hacia el bien. La virtud, del latín «virtus» palabra que viene a su vez de «vir», (hombre, varón), es en sentido general la capacidad o potencia propia del hombre y, en sentido específico, la capacidad o potencia moral³²⁵. Tomás de Aquino define la virtud como hábito, porque se puede decir que ella misma da forma no solo a nuestros actos, sino a toda la persona. Así el Aquinate afirma que «Las virtudes son hábitos que nos hacen buenos. Tener un hábito es poseer una cualidad o característica especial que una persona adquiere después de haber actuado de cierta manera durante largo tiempo. La actividad

³²² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Código de Ética del Poder Judicial de la Federación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, pág. 19.

³²³ MAIMÓNIDES (Córdoba, 30 de marzo de 1138 - El Cairo, 12 de diciembre de 1204), Moses ben Maimón, llamado Maimónides por los cristianos y Rambam por los judíos, fue un médico, rabino y teólogo judío de al-Ándalus (Córdoba). Tuvo una buena formación en filosofía, teología, ciencias y medicina. El problema central –las relaciones de fe y razón– lo resuelve defendiendo no sólo su armonía, sino su coincidencia y aún identidad. Su obra *Guía de indecisos* –se refiere precisamente a los desconcertados por la aparente oposición– tiene un marcado carácter racionalista. Para Maimónides, Dios es más el Uno de Plotino que el Dios aristotélico. No cree que el mundo sea eterno, y afirma la creación *ex nihilo*. En el problema del influjo divino y la libertad humana, afirma resueltamente esta última: el hombre es libre, puesto que, pese a que el gobierno de Dios se extiende a todo lo creado, en los actos humanos sólo interviene mediante un *influjo interior* de amor y temor, que deja intacta la libertad.

³²⁴ KATZ HALPERN, M. D., *Derecho Procesal Hebreo y Mexicano. Aspectos comparativos*, Estudios monográficos. Universidad Iberoamericana.

³²⁵ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, A., *Ética*, México, Ed. De bolsillo, 2006, pág. 175.

repetida desarrolla el hábito, puesto que ella misma dota a la persona de la cualidad del acto. La persona se transforma por medio de su comportamiento habitual»³²⁶.

En relación con la adecuada orientación de la voluntad hacia lo que es bueno en sí, Gilson manifiesta que «no es el intelecto el que conoce, sino el hombre a través de su intelecto; y como el hombre es muchas cosas además del intelecto, cada vez que conoce, muchas otras facultades cooperan en la producción de su conocimiento. Entre ellas, la más importante es la voluntad. Mantener la dirección adecuada del propio ser (cuerpo y alma, pasiones, sentimientos, intereses y proyectos) a través de un gran amor ha de permitirnos elevarnos hasta la verdad sin prejuicios y situarnos por encima de ideologías. Cuando existe un amor a lo verdadero, un amor fuerte, auténtico resulta más fácil no dejarse llevar por la cultura predominante y emprender el camino hacia la verdad, hacia el conjunto de la realidad y conocer al ser en cuanto ser»³²⁷.

Así, como acertadamente pone de manifiesto el profesor Melendo no estamos ante *inteligencias pensantes* sino ante *personas que piensan*. El profesor Tomás Melendo nos dice que «El amante de la sabiduría debe filosofar desde lo más íntimo de su ser personal. La verdad se identifica realmente con lo que es, con la realidad y, por tanto, con el bien y la belleza. Por eso, compromete a la persona en toda su totalidad, en cuanto abierta a lo verdadero, bueno y bello, indisolublemente considerados [...] El despliegue de la propia existencia no es algo ajeno a la filosofía, sino que repercute de manera bastante clara en el ejercicio intelectual. El entendimiento no actúa al margen del resto de la personalidad y de las circunstancias en que se han ido labrando la biografía de un individuo»³²⁸. En este punto, es interesante destacar que como explica Giuseppe Savagnone, «Detrás de las reflexiones de un pensador se encuentra su vida, el ambiente en el que ha crecido y las circunstancias políticas, económicas, sociales y culturales de su tiempo. A diferencia de los científicos, los filósofos llevan consigo todas estas circunstancias. El

³²⁶ WADEL, P., *La Primacía del amor, Una introducción a la ética de Tomás de Aquino*, Ed. Palabra, 2002.

³²⁷ MELENDO GRANADOS T., *Introducción a la Filosofía* (2ª Ed.), Ed. S.A. EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, 2004, pág. 94.

³²⁸ *Íbidem*, págs. 91 - 92.

filosofar más que fruto de un puro proceso lógico como acto supremamente humano, expresa toda la riqueza de la personalidad que se compromete en él»³²⁹.

Frente al sujeto tradicional propuesto por René Descartes que sostiene que «el conocimiento viene de la razón, de adentro del sujeto³³⁰ y no de afuera o de la experiencia»³³¹ y el sujeto crítico propuesto por Emmanuel Kant en la *Crítica de la Razón Pura* que parte de la premisa de la exterioridad dado que «el conocimiento es originado en la experiencia pero la razón ordena dicho saber, sosteniendo que la auténtica ciencia parte de los sentidos y de la razón»³³² se alza un sujeto epistémico que construye su conocimiento sobre el mundo que le rodea, consciente de sus emociones, con una afectividad ordenada, inteligencia emocional y cognitiva, que aprenda a partir de su propia subjetividad sin desconocer el mundo y la veleidad sensorial y lo moral como código ético³³³. Así pues, nos encontramos con un sujeto cognoscente caracterizado por su integridad dado que el amante de la sabiduría debe aspirar a ser íntegro y vivir en concordancia con su estado de conciencia más elevado, llegando a ser un maestro para los demás en la vida diaria, haciendo extensivo el comportamiento ético y espiritual a todas las situaciones en las que se ve inmerso, orientando su conducta hacia el bien y contribuyendo a crear una sociedad en la que reine el amor y la paz.

³²⁹ SAVAGNONE G., *Theoria. Alla ricerca della filosofia*, pág. 50.

³³⁰ Este sujeto construye su propio mundo a partir de sus propias subjetividades, construido bajo el criterio de la razón ordenadora, por eso propone la deducción como pilar del conocimiento; el sujeto podemos decir que es el centro del mundo. Este sujeto cartesiano encuentra en la Teoría de Piaget la posibilidad de aplicaciones, dado que nos brinda la explicación para saber que el sujeto aprende y como construye su propio conocimiento acerca del mundo.

³³¹ DESCARTES R., *Discurso del Método*, Barcelona, Ed. Fama, 1953.

³³² KANT E., *Crítica de la Razón Pura*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1976.

³³³ MINA PAZ. A., *Episteme del sujeto tradicional y el sujeto crítico en la educación*, Colegio Hispanoamericano, Revista Educación y Pensamiento, Vol. 21, pág. 45-48.

B. EL OBJETO DE CONOCIMIENTO

a. El Derecho Restaurativo: Concepto y elementos

La *epistemología jurídica*³³⁴ es la disciplina encargada de estudiar los fundamentos y el método del conocimiento del Derecho. Al respecto, cabe destacar como pone de relieve el profesor Joaquín Ferrer Arellano³³⁵, en su artículo denominado *Propuesta de una epistemología jurídica: Los cinco tipos de conocimiento jurídico (distinción y nexos)*, que «existen diferentes grados de conocimiento del Derecho como son el conocimiento teológico, el filosófico, el científico, el casuismo jurídico y el conocimiento prudencial del mismo. Así pues, es esencial la unidad existencial entre los cinco grados de conocimiento jurídico en la génesis de cada uno de ellos y en su orientación práctica. Todos los grados del conocimiento tienen sentido, en la medida en que están animados de una intención práctica: servir a la configuración de la conducta social»³³⁶.

1. El derecho es el objeto de la justicia

Entendiendo que dentro del paradigma de justicia restaurativa, la justicia se concibe como virtud, es necesario conocer su objeto, es decir, acerca de qué versa. El nombre de *Derecho*, se asignó primero para significar la misma cosa justa *ipsa res iusta*, pero después derivó hacia el arte con que se discierne qué es justo y posteriormente a designar el lugar en el que se otorga el derecho. El derecho no puede ser principalmente el arte del jurista, puesto que para que éste se pronuncie con anterioridad ha de existir un objeto y ese objeto es lo justo, por tanto, el derecho es un obrar justo.

³³⁴ La *epistemología jurídica* es la que trata de dilucidar si el conocimiento del Derecho es posible, qué forma o estructura ha de tener, cuáles son sus maneras de presentarse en las sociedades, que método se ha de utilizar, etc. El conocimiento se ha definido como la relación que el hombre establece con la realidad para producir en el alma el objeto cognitivo.

³³⁵ D. Joaquín Ferrer Arellano es Doctor en Teología (Roma, Universidad Lateranense, 1958) y en Derecho (Premio extraordinario); Premio "Luis Vives" de Filosofía del C.S.I.C; Miembro de la Real Academia de Doctores, de la Sociedad Mariológica española y de la Sociedad internacional Tomás de Aquino.

³³⁶ FERRER ARELLANO J., *Propuesta de una epistemología jurídica: Los cinco tipos de conocimiento jurídico (distinción y nexos)*, Universidad de Navarra, Navarra, 1996.

Como dice el profesor Francisco Giner de los Ríos, en su obra *Principios del Derecho Natural*: «Frecuentemente empleamos en el uso común del lenguaje la palabra Derecho, sin detenernos a precisar su significado y tomándolo como cosa conocida y sabida con entera certeza. Mas si en medio de esta aparente seguridad se nos preguntase qué es lo que por este término entendemos, difícil nos sería contestar de un modo satisfactorio».³³⁷

Santo Tomas de Aquino en su obra la *Suma de Teología* en concreto en la *Cuestión 57* dentro de *La virtud de la Justicia* profundiza en cuál es el objeto de la justicia haciendo referencia a que **el derecho es lo justo**.

En el *Artículo 1 El derecho ¿es el objeto de la justicia?* se establecen las objeciones por las que parece que el derecho no es objeto de la justicia³³⁸ para proceder a determinar que **el derecho es el objeto de la justicia** respondiendo posteriormente a las objeciones³³⁹. Así nos dice: «En cambio está Isidoro, que dice en el mismo libro que *el*

³³⁷ GINER DE LOS RÍOS, F., *Principios de Derecho Natural*, Madrid, 1916, Espasa – Calpe, S.A., pág. 1.

³³⁸ Objeciones por las que parece que el derecho no es el objeto de la justicia:

1. Dice, en efecto, el jurisperito Celso que *el derecho es el arte de lo bueno y de lo equitativo*. Ahora bien: el arte no es objeto de la justicia, sino que, por sí mismo, es una virtud intelectual. Luego el derecho no es el objeto de la justicia.
2. Como dice Isidoro, en el libro *Etymol. la ley es una especie de derecho*. Mas la ley no es objeto de la justicia, sino, más bien, de la prudencia; de aquí que el Filósofo ponga *el arte de legislar* como parte de la prudencia. Luego el derecho no es el objeto de la justicia.
3. La justicia somete principalmente el hombre a Dios; pues dice Agustín, en el libro *De mor. Eccl. Cathol.*, que *la justicia es un amor que sólo sirve a Dios y que, por eso, rige bien las demás cosas que están sometidas al hombre*. Pero el derecho no pertenece a las cosas divinas, sino únicamente a las humanas, porque afirma Isidoro, en el libro *Etymol.* que *lo sagrado es ley divina; en cambio, el derecho es ley humana*. Por lo cual, el derecho no es objeto de la justicia.

³³⁹ Respuesta a las objeciones:

1. Es frecuente que los nombres se desvíen de su primera acepción, para designar otras cosas, como el nombre de medicina se asignó, en un principio, para designar el remedio que se aplica al enfermo para curarlo. Luego pasó a significar el arte por el que se hacía esto. Así también sucede con el nombre de derecho, que se asignó primero para significar la misma cosa justa. Pero, después, derivó hacia el arte con el que se discierne qué es justo; y, ulteriormente, a designar el lugar en el que se otorga el derecho; así, por ejemplo, se dice que alguien comparece ante el derecho; finalmente, también se denomina derecho a la sentencia que es pronunciada por aquel a cuyo oficio pertenece hacer justicia, incluso a pesar de que lo que decida sea inicuo.
2. Del mismo modo que de las acciones que se hacen exteriormente por el arte, una cierta idea, que se llama la regla del arte, preexiste en la mente del artista, así también, de la acción justa, que la razón determina, preexiste en la mente cierta razón, a modo de determinada regla de prudencia. Y esto, si se formula por escrito, se denomina ley; pues la ley es, según Isidoro, una constitución escrita. Por lo cual, la ley no es el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho.

derecho se ha llamado así porque es justo. Pero lo justo es objeto de la justicia; pues afirma el Filósofo, en V Ethic. que todos deciden llamar justicia a semejante hábito, mediante el cual realizan cosas justas. Luego el derecho es objeto de la justicia».

En la *Solución* nos dice: «Lo primero de la justicia, dentro de las demás virtudes, es ordenar al hombre en las cosas que están en relación con el otro. Implica, en efecto, cierta igualdad, como su propio nombre manifiesta. Vulgarmente se dice que las cosas que se igualan se *ajustan*. Ahora bien: la igualdad se establece en relación a otro. Pero las demás virtudes perfeccionan al hombre solamente en aquellas cosas que le convienen a él mismo. Así, pues, aquello que es recto en las acciones de las demás virtudes, hacia lo que tiende la intención de la virtud, como a su propio objeto, no se determina sino por relación al agente. En cambio, lo recto que hay en el acto de la justicia, aun exceptuada la relación al agente, se distribuye por relación a otro sujeto; pues en nuestras acciones se llama justo a aquello que, según alguna igualdad, corresponde a otro, como la retribución del salario debido por un servicio prestado. Por consiguiente, se llama justo a algo, es decir, con la nota de la rectitud de la justicia, al término de un acto de justicia, aun sin la consideración de cómo se hace por el agente. Pero en las otras virtudes no se define algo como recto a no ser considerado cómo se hace por el agente. Y, por eso, el objeto de la justicia, a diferencia de las demás virtudes, es el objeto específico que se llama lo justo. Ciertamente, esto es el derecho. **Luego es manifiesto que el derecho es el objeto de la justicia**»³⁴⁰. Partiendo de esta hipótesis podemos concluir que el derecho restaurativo, en cuanto a que estamos ante un derecho que trasciende y que se entiende desde el conocimiento teológico y filosófico del mismo es el objeto de la justicia restaurativa.

3. Ya que la justicia conlleva la igualdad y a Dios no le podemos recompensar equitativamente, se deduce que no podemos dar a Dios lo justo, en su sentido estricto; y, por este motivo, la ley divina no se llama propiamente derecho, sino norma sagrada, porque a Dios le es suficiente que cumplamos lo que podamos. La justicia, en cambio, tiende a que el hombre, en cuanto puede, rinda tributo a Dios, sometiéndole su alma totalmente.

³⁴⁰ Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, Tomo III, Ed. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1990, pág. 470.

2. La justicia como virtud

La esencia del *Paradigma Restaurativo* reside en considerar la **justicia como virtud**. En la *Cuestión 58* dentro de *La virtud de la Justicia* que trata de *La justicia* Santo Tomás en el *Artículo 3 La justicia ¿Es virtud?* tras establecer las objeciones por las que parece que la justicia no es virtud determina «En cambio está Gregorio, que dice en II Moral., que toda estructura de una obra buena se levanta sobre cuatro virtudes; es decir: templanza, prudencia, fortaleza y justicia». Nos da la «solución diciendo: La virtud humana es la que hace bueno el acto humano y bueno al hombre mismo, lo cual ciertamente, es propio de la justicia; pues el acto humano es bueno si se somete a la regla de la razón, según la cual se rectifican los actos humanos. Y ya que la justicia rectifica las operaciones humanas, es notorio que hace buena la obra del hombre y, como dice Tulio en I *De offic.*, *por la justicia reciben principalmente su nombre de bien*. De ahí que, como allí mismo dice, *en ella está el mayor brillo de la virtud*»³⁴¹.

En relación a la justicia cabe destacar que la Justicia legal o general, tiene como objeto el bien común, razón por la que hemos dicho regula las relaciones de los particulares con la sociedad. Hay que tener en cuenta que aquello a lo que estamos obligados por ley en relación con los demás, se deriva de la naturaleza del bien común, y no del conjunto de preceptos positivos que se recogen en las leyes y códigos; y nos referimos a **la ley natural**; ya que, ninguna acción humana puede tener un fin que contradiga al bien común, dado que somos seres sociales y en ningún caso el bien particular puede ir en contra del bien común.

Traducir el término griego *Dikaion* por el latín *Ius*, creó algunas complicaciones. **En Atenás, *dikaion*, significaba la cosa justa, mientras que en Roma, *ius* aludía a la unión de la cosa justa con la norma de su justicia y en el caso de orden de prevalencia, en Roma se prefería la norma**. Por tanto, vemos como la noción de que **algo es justo por su naturaleza es más una noción griega que romana**. Occidente ha heredado la idea romana del derecho y por esto hablamos de *Derecho Romano*, en lugar de *Derecho Griego*. **De la expresión *Derecho Romano*, hemos adquirido una acepción**

³⁴¹ Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, Tomo III, Madrid, Ed. Biblioteca de Autores Cristianos, 1990, pág. 478.

del derecho más relacionada con un sistema de fórmulas que con la fuente misma de dichas fórmulas, es decir, la ipsa res iusta. Santo Tomás efectúa una vuelta al concepto griego de lo justo frente al formulismo jurídico romano.

En la lengua española, derecho significa al menos seis cosas y ninguna de ellas designa directamente el **dikaion griego, lo justo por sí mismo**, como acepción principal del derecho. El ipsa res iusta (la cosa justa) tiene una especial apertura hacia el orden de la moralidad. Tiene un significado teleológico en el ámbito de la antropología. La cosa justa es resultado de una acción, de una obra. El derecho es la cosa justa. La pérdida de ese punto de referencia ocasionaría graves problemas. Si el derecho no es la cosa justa, es decir, el objeto de la virtud de la justicia y pasa a ser una facultad, enfatizando el derecho como un arte, esta facultad puede orientarse a objetos opuestos, puesto que las facultades pueden estar orientadas a cosas contrarias a las virtudes. Cuando el derecho pierde su referencia a la cosa justa, pasa a identificarse con la voluntad.

En el Digesto, la justicia se define como constante y perpetua voluntad de atribuir a cada uno su derecho. Santo Tomás, la rectifica diciendo que es el hábito según el cuál uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho. (IIa-IIae,q.58).

Hoy parece que asistimos a una ruptura entre la justicia jurídica, entendida como un orden de cosas exterior y la justicia como virtud, como concepto ético, hecho que coincide además con la moderna separación entre ética y política. Por tanto, la justicia jurídica debería formar parte de la justicia como virtud. **La ley ha de ser un instrumento de la virtud.** Platón, Aristóteles, San Agustín y Santo Tomás entre otros atribuyen a las buenas leyes gran importancia como instrumento pedagógico en la comunidad política. Las leyes, ordenan el cumplimiento de actos justos con el fin, no solamente de salvaguardar coercitivamente la igualdad ordenada por la justicia, sino también de que una persona adquiera el hábito de querer hacer cosas buenas y justas por convencimiento propio, cumpliendo así la ley una función pedagógica-moral.

Respecto a la justicia como virtud, nos encontramos con filósofos como Michael Sandel que han planteado la cuestión de si en una sociedad justa se ha de perseguir el fomento de la virtud, o debe mantenerse neutral entre concepciones contrapuestas de la virtud, de modo que los ciudadanos tengan la libertad de escoger por sí mismos la mejor manera de vivir. Cuestión que podemos entender hace referencia a la separación entre el pensamiento político antiguo y el moderno.

3. Naturaleza autónoma

En relación a la naturaleza del Derecho Restaurativo destacar que el establecer el objeto, la problemática, los métodos y los límites de la Justicia Restaurativa es algo que solo a él mismo le corresponde, sostenemos por tanto, la autonomía científica del mismo.

Por tanto, estamos ante un saber como diría Aristóteles. Podemos hablar de saber en muchos sentidos. El saber en su estricto significado se vincula no al hacer o obrar sino al ser, a las realidades que constituyen el objeto del ser. De hecho la metafísica tiene como objeto de estudio el ente en cuanto ente, es la filosofía por excelencia al intentar esclarecer lo que son cada uno de los componentes del universo, corpóreo y supracorpóreo. Es lógico que profundizar en la naturaleza de los instrumentos, como funcionan las cosas. no sea hasta cierto punto necesario, pero dado que el ser humano no es un instrumento será necesario analizar el saber, la verdad del ser puesto que manipularlas, utilizarlas es cosificar, tratar como cosas a los seres humanos. El ser tiene una naturaleza mucho más noble, divina, su dignidad, su superioridad del ser reclama su estudio, la admiración, la contemplación del ser. Aristóteles ya decía que “todo hombre desea por naturaleza saber”, pero algo que no se requiere para obtener un beneficio económico, resolver un problema, sino es fin en sí mismo, saber por saber, comprender nuestro propósito en este mundo.

4. Perspectiva transdisciplinar

El *Derecho Restaurativo* en cuanto a la forma de organización de los conocimientos podemos afirmar que se enmarca dentro de la *Transdisciplinariedad*, puesto que podemos ver como la disciplina actualmente conocida como *Derecho*, trasciende, entendiéndose desde la Teología y desde la Filosofía de la Paz, e incorporándose a esta disciplina elementos epistemológicos de otras disciplinas como son la Salud, la Sociología, la Psicología, etc. representando así la aspiración a un conocimiento lo más completo posible, que sea capaz de dialogar con la diversidad de los saberes humanos. Por eso el diálogo de saberes y la complejidad son inherentes a la actitud transdisciplinaria, que se plantea el mundo como pregunta y como aspiración.

En cuanto al método transdisciplinar, la idea de que las disciplinas científicas se hallan fuertemente conectadas entre ellas es muy antigua, y surge de la consideración de distintos aspectos: el método, el lenguaje, los vínculos de fundamentación entre las mismas. En la antigüedad clásica, Aristóteles, inspirándose en la geometría, caracterizó al método de las ciencias y la filosofía como la *deducción* del mayor número posible de teoremas, a partir de un conjunto de axiomas. Habló también de postulados comunes a todas las ciencias. ¿Eran, pues, transdisciplinas?

La Transdisciplinariedad es una perspectiva relativamente nueva en la historia del conocimiento humano. Fue utilizado en Francia en 1970 por investigadores como Jean Piaget, Eric Jantsch y André Lichnerowicz en el Taller Internacional denominado “*Interdisciplinariedad-Problemas de la Enseñanza e Investigación en las Universidades*”, financiado por la Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE), en colaboración con el Ministro Francés de Educación y la Universidad de Niza. El término surgido especialmente en el campo de la enseñanza supone una superación de la interdisciplinariedad y de la multidisciplinariedad. La investigación de este término nos lleva a aplicarlo al mundo del Derecho dentro del “*Paradigma Restaurativo*”.

El prefijo *trans* denota algo que se encuentra *entre* las disciplinas, *a través de las disciplinas y que va más allá de las mismas*, implicando por tanto, una idea que es *trascendente* y que presupone la unidad del conocimiento global.

Jean William Fritz Piaget (1896 -1980), epistemólogo, psicólogo y biólogo suizo, considerado como el padre de la epistemología genética, definió el término “Transdisciplinariedad” como la etapa más alta en la epistemología de las relaciones interdisciplinarias. Este autor consideraba que la maduración de las estructuras generales y patrones generales del pensamiento a través de los distintos campos podría llevar a una teoría general de sistemas o estructuras³⁴². Para él, la transdisciplinariedad era un nuevo campo del conocimiento ubicado más allá de las disciplinas.

Eric Jantsch, por su parte, propuso un modelo jerárquico para el sistema de la ciencia, la educación y la innovación. Este autor visualizaba todas las disciplinas e interdisciplinas como siendo coordinadas por una axiomática general, con un mutuo enriquecimiento de epistemologías. Los efectos emergentes serían profundos.

El físico rumano Basarab Nicolescu³⁴³ ha afirmado que todas las formas de organización de los conocimientos, entendiendo con ello, la disciplinariedad, la interdisciplinariedad, la multidisciplinariedad y la transdisciplinariedad, forman el arco del conocimiento humano, entendiendo que la transdisciplinariedad va más allá de las disciplinas, las trasciende, puesto que intenta una comprensión del mundo bajo los imperativos de la unidad del conocimiento.³⁴⁴

³⁴² CARRIZO L., ESPINA PRIETO M., KLEIN J., Transdisciplinariedad y complejidad en el análisis social. Gestión de las transformaciones sociales. Programa MOST. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. 2004, Documento de debate n.º 70, Pág. 30.

³⁴³ Basarab Nicolescu (Ploiești, 5 de marzo 1942) es un físico rumano. Se inició en el campo de la física teórica en el Centro Nacional de Investigación Científica del Laboratorio de Física Nuclear y de Altas Energías (Laboratoire de Physique Nucléaire et de Hautes Énergies) de la Universidad Pierre y Marie Curie (París), donde obtendría el doctorado en 1972. También es profesor en de la Facultad de Estudios Europeos de la Universidad Babeş-Bolyai (Cluj-Napoca). Es fundador y presidente del Centro Internacional de Investigaciones y Estudios Transdisciplinarios (CIRET: Centre International de Recherches et Études Transdisciplinaires), organización sin fines de lucro que cuenta con 163 miembros de 26 países. Es cofundador, junto con René Berger, del Grupo de Estudio de la Transdisciplinariedad de la UNESCO (1992).

³⁴⁴ NICOLESCU B. *Manifiesto La Transdisciplinariedad*, Ed. Du Rocher, Trad. Norma Nuñez-Dentin y Gérard Dentin. París, 1 de enero de 1996.

La Carta de la Transdisciplinariedad en su Artículo 6 establece que *En relación a la interdisciplinariedad y a la multidisciplinariedad, la transdisciplinariedad es multi-referencial y multidimensional. Tomando en cuenta las concepciones de tiempo y de historia, la transdisciplinariedad no excluye la existencia de un horizonte transhistórico*³⁴⁵.

La *sabiduría humana* es el conjunto de todas las ciencias, conjunto que Descartes concibe como un *sistema orgánico*: es como *un árbol cuyas raíces son la metafísica*, el tronco la física o filosofía natural, y las ramas las otras ciencias, principalmente la medicina, la mecánica y la moral. Todas las ciencias son consecuencia del uso de la razón, que es una y la misma con independencia del campo al que se aplique. El conocimiento es siempre y en todo momento conocimiento cierto y evidente, en caso contrario no es conocimiento. Esta evidencia se obtiene mediante las dos "acciones" del entendimiento legítimas: la intuición y la deducción. La *intuición* para el descubrimiento de las primeras verdades, que serán precisamente las raíces del árbol del conocimiento; la *deducción* para la fundamentación del resto de verdades. Con la metáfora del árbol del conocimiento Descartes quiere señalar también la *primacía de la filosofía respecto de las otras ciencias* pues sin ella los conocimientos no adquieren una fundamentación última. Esta primacía le lleva a considerar que hasta la propia física extrae sus principios básicos de la metafísica.

La palabra procede del griego, y está compuesta de φίλος ("filos", amor) y σοφία ("sofia", sabiduría): φιλοσοφία (*amor a la sabiduría*). Examinando sus raíces griegas, etimológicamente, la filosofía se define como amor a la sabiduría. La **filosofía** se encarga del estudio de la verdad. Se encarga de la investigación, análisis y cómo llegar a la verdad. Por el cual, formula y propone metodologías que son útiles a toda ciencia.

Aristóteles, inicia una de sus obras, en concreto la Metafísica, con una simple pero clara afirmación. Nos dice que "Todos los hombres desean, por naturaleza, saber". Ahora bien, debemos tener en cuenta que, en un sentido riguroso, "saber" no es otra cosa que poseer un conocimiento verdadero. Definir la **filosofía como amor a la sabiduría equivale a definirla como amor a la verdad**. Ese amor a la verdad es algo connatural a

³⁴⁵ Carta de la Transdisciplinariedad, Convento de Arrávida, 6 de noviembre de 1994.

la propia naturaleza humana, algo que es propio del hombre por el mero hecho de ser hombre.

De hecho, la filosofía apareció antes que la ciencia en la antigua Grecia hacia el siglo VII a.C., los primeros filósofos eran también científicos, reunían en sí todos los conocimientos de la época. Poco a poco las ramas que alcanzan el carácter de ciencia se independizan de la filosofía, pero no debemos olvidar que este es el tronco común y el que da sentido y fundamenta todas las ciencias, en especial, las ciencias humanas y sociales. Creo que sería muy interesante que los juristas volvieran a interesarse por la filosofía para ganar en profundidad en la aplicación de la justicia, para comprender mejor los fundamentos del sistema judicial y aplicar mejor las leyes. Creo que el conocimiento de la judicatura se ha circunscrito demasiado al derecho positivo y es necesario volver a la belleza del pensamiento, porque se tendría una visión más humana, profunda e integral de la justicia y del sistema judicial.

Una de las afirmaciones fundamentales del positivismo es que no hay más conocimiento válido que el científico, todo lo que no sea ciencia debe ser rechazado como ilusión o superstición. Frente a esta concepción, entendemos que la filosofía va más allá de las ciencias y no es ciencia sino sabiduría. La ciencia no se plantea problemas que desbordan las posibilidades del método científico. La filosofía engloba todo conocimiento.

b. Las Ciencias Complementarias del Derecho Restaurativo

En el *derecho restaurativo* vemos como confluyen elementos epistemológicos de otras disciplinas, puesto que se trata de resolver el conflicto y eliminarlo a diferencia de otras figuras de resolución de conflictos como la mediación, la negociación o el arbitraje en las que se busca un equilibrio entre las partes y donde el origen sigue latente

De ahí que el *derecho restaurativo* requiera la colaboración de varias disciplinas dada la complejidad en la cual se enmarcan la mayoría de los conflictos, especialmente de las Ciencias de la Salud y de las Ciencias Humanas y Sociales, entendiéndose que son Ciencias Complementarias respecto a la disciplina principal que nos sirven para configurar el Derecho desde el *paradigma restaurativo*.

Asimismo, la aplicación del nuevo paradigma a las Ciencias de la Salud y a las Ciencias Humanas y Sociales hace que nos encontremos con diferentes teorías innovadoras dentro de las diferentes disciplinas.

En este apartado tan sólo citaremos las diferentes disciplinas que consideramos importantes en este nuevo paradigma, sin entrar a profundizar en las mismas.

1. Las Ciencias de la Salud

La aportación de las *Ciencias de la Salud* al campo de la *justicia restaurativa* es esencial, entendiéndose que es el conjunto de disciplinas que proporcionan los conocimientos adecuados para la prevención de enfermedades, la promoción de la salud y el bienestar tanto individual como colectivo.

La incorporación de estos conocimientos médicos como indica el Doctor Ángel Escudero Villanueva³⁴⁶ beneficiaría al nuevo *paradigma restaurativo* e implicaría una legislación más saludable lo que nos permitiría poco a poco sanar el tejido social.

³⁴⁶ D. Ángel Escudero Villanueva es Licenciado en Medicina y Cirugía por la Facultad de Medicina y Odontología de Valencia, Jefe de la Unidad de Medicina Psicosomática del Hospital Quirón de Valencia y médico promotor de la Salud.

Por otra parte, el *paradigma restaurativo* es aplicable a diversas áreas del campo médico, beneficiando a las Ciencias de la Salud y dotando a los profesionales de la salud de conocimientos teológicos y filosóficos que permiten profundizar en las causas de la enfermedad para así restaurar a la persona en todas sus dimensiones. Ello nos llevaría a una humanización de la asistencia y a una medicina que podríamos denominar *Medicina Restaurativa*.

La «justicia terapéutica» según el profesor Wexler³⁴⁷ es el «estudio del rol de la ley como agente terapéutico». La justicia terapéutica se centra en el impacto de la ley, en el espectro emocional y en el bienestar psicológico de las personas, está más orientada a la rehabilitación en el ámbito de las drogas formando parte del movimiento de Justicia Restaurativa. Un claro ejemplo de la justicia terapéutica son los Juzgados de Tratamiento de Drogas, fundados en Miami, creados a partir de la toma de conciencia de que las condenas por posesión de drogas (sin que mediara acto de violencia) no consiguieran efecto alguno si no se realiza una terapia que acabe con la adicción³⁴⁸.

Considero que en el nuevo *paradigma restaurativo* los profesionales de la medicina tienen mucho que decir y que es aconsejable que en la formación de expertos y técnicos restaurativos se incluyan conocimientos médicos puesto que hablamos de un derecho más sanador y de una legislación terapéutica.

Dentro de las Ciencias de la Salud, especial mención merece a estos efectos, la conocida como *Medicina Preventiva* y especialmente la *Salud Pública*³⁴⁹ que es la ciencia encargada de proteger y promover la salud de las comunidades mediante la educación para la salud, la promoción de la salud y la prevención de enfermedades y lesiones.

La *medicina preventiva* incluye la definición, promoción, planificación, ejecución y evaluación de aquellas actividades de prevención llevadas a cabo desde las instituciones asistenciales, sean hospitalarias o extrahospitalarias, respecto a individuos colectivos o grupos de riesgo incluidos en el ámbito de actuación de dichas instituciones.

³⁴⁷ David Wexler es profesor de Derecho en la Universidad de Arizona. También, es profesor de derecho y director de la Red Internacional de Justicia Terapéutica en la Universidad de Puerto Rico.

³⁴⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, E., VEGAS AGUILAR, J.C., *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género*, Valencia, Ed. Tirant, 2012, pág. 252.

³⁴⁹ La *Salud Pública* abarca un área más amplia que la medicina preventiva propiamente dicha.

La *promoción de la salud* incluye el diseño y la gestión de políticas públicas saludables, el reforzamiento de la acción y la participación comunitaria, el desarrollo de la educación para la salud y la reorientación de los servicios sanitarios.

La *Neurología* (del griego clásico νεῦρον, «nervio» y del sufijo -λογία, «estudio de») es la especialidad médica que trata los trastornos del sistema nervioso. Específicamente se ocupa de la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de todas las enfermedades que involucran al sistema nervioso central, sistema nervioso periférico y el sistema nervioso autónomo. Existen gran número de enfermedades neurológicas, las cuales pueden afectar el sistema nervioso central (cerebro y espina dorsal), el sistema nervioso periférico, o el sistema nervioso autónomo.

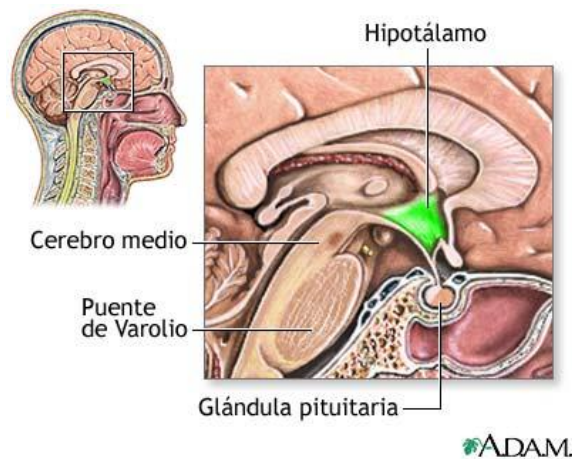
Las *Neurociencias* son un conjunto de disciplinas científicas que estudian la estructura, la función, el desarrollo de la bioquímica, la farmacología, y la patología del sistema nervioso y de cómo sus diferentes elementos interactúan, dando lugar a las bases biológicas de la conducta.

La mayoría de las enfermedades tienen su origen en la mente del ser humano. El hipotálamo está en medio de los dos hemisferios³⁵⁰ El control de la conducta o dominio propio es una función de la totalidad del sistema nervioso. Alteración de la conducta a través de los pensamientos que entran a través de los sentidos por el quiasma óptico. La estimulación del hipotálamo o las lesiones del mismo causan mucho efecto en el estado emocional del ser humano.

Investigaciones recientes realizadas por Valeri Slezin, jefe del Laboratorio de Neuropsicofisiología del Instituto de Investigación y Desarrollo Psiconeurológico Bekhterev de San Petersburgo para medir el poder de la oración muestran científicamente que *la oración no sólo regula todos los procesos del organismo humano, sino que también repara la estructura de la conciencia más afectada*, por tanto, la oración es un medicamento muy poderoso. Registrando los electroencefalogramas de algunos monjes al momento de orar, logró captar un fenómeno extraordinario, la **desconexión** completa del córtex cerebral.

³⁵⁰ *Tratado de Fisiología médica*, cap. 59 mecanismos encefálicos de la conducta.

Recientes investigaciones en el campo de la neurología y la neurociencia contribuyen a constatar la idea de que la mente entendida como conciencia encarnada y por tanto bajo el prisma de la conciencia pura llega a un estado de calma y paz que revierte en el comportamiento del ser humano.



La *Psiquiatría* (del griego *psiqué*, alma, e *iatría*, curación) es la rama de la medicina dedicada al estudio de los trastornos mentales con el objetivo de prevenir, evaluar, diagnosticar, tratar y rehabilitar a las personas con trastornos mentales y asegurar la autonomía y la adaptación del individuo a las condiciones de su existencia. Las investigaciones permiten afirmar que sería muy conveniente la formación teológica y filosófica a los psiquiatras.

La *Psicología* (literalmente «estudio o tratado del alma»; del griego clásico ψυχή, transliterado *psykhé*, «psique», «alma», «actividad mental», y λογία, *logía*, «tratado» o «estudio», es una profesión y una disciplina académica que se define como la ciencia que trata la conducta y los procesos mentales de los individuos, cuyo campo de estudio abarca todos los aspectos de la experiencia humana. En relación con el *paradigma restaurativo* cabe destacar la importancia a estos efectos de la teoría humanista y la sistémica de esta disciplina.

La *psicología humanista* es una corriente dentro de la psicología que surge en la década de los sesenta del siglo XX. Esta escuela enfatiza la experiencia no verbal y los estados alterados de conciencia como medio de realizar nuestro pleno potencial humano. Surge como reacción al conductismo y al psicoanálisis y se propone la consideración global de la persona, basándose en la acentuación en sus aspectos existenciales (la libertad, el conocimiento, la responsabilidad, la historicidad). Critica el posicionamiento de la psicología como una ciencia natural, porque este reduciría al ser humano solo a variables cuantificables y critica además, en el caso del psicoanálisis y el conductismo, la excesiva focalización en los aspectos negativos y patológicos de las personas. Uno de los teóricos humanistas más importantes, Abraham Maslow, denominó a este movimiento «la tercera fuerza», por tratarse de una propuesta crítica, pero a la vez integradora de las dos teorías (aparentemente opuestas) de la psicología de la época: el conductismo y el psicoanálisis.

La *teoría sistémica*, como corriente dentro de la psicología, tiene a la familia como unidad de análisis e intervención, por lo cual se encuentra relacionada a la terapia familiar. Sin embargo, actualmente se considera que no es necesario que sea una familia el foco de atención para que se defina una terapia como sistémica.

Los conceptos y métodos terapéuticos que conforman la psicología y la psicoterapia sistémica pueden aplicarse tanto a parejas, equipos de trabajos como también a personas individuales. Dentro de la terapia, se considera imprescindible el hacer énfasis en la dinámica de los procesos comunicacionales y en las interacciones entre los miembros del sistema. La terapia Sistémica está centrada en buscar soluciones, apoyando los cambios.

Dentro del campo de la psicología cabe destacar en relación con el nuevo paradigma la labor realizada por Marshall Rosenberg, psicólogo estadounidense y el creador de la *Comunicación no violenta*, un proceso de comunicación que ayuda a las personas a intercambiar la información necesaria para resolver conflictos y diferencias de un modo pacífico

2. Las Ciencias Humanas y Sociales

Entendemos por *Ciencias Humanas y Sociales* aquellas disciplinas que analizan y tratan distintos aspectos de los grupos sociales y de los seres humanos en sociedad. Las *Ciencias Sociales* estudian el origen del comportamiento individual y colectivo buscando descubrir las leyes sociales que las determinan y que se expresan en el conjunto de las instituciones y sociedades humanas.

Los hallazgos en *Arqueología* contribuyen a desarrollar el nuevo paradigma restaurativo. El antropólogo norteamericano Clayton Robarchek y su esposa Carole, llevan muchos años realizando trabajos de campo en la investigación de sociedades que se destacan por ser de carácter pacífico. Una de ellas son las tribus de los Semai Senoi residentes en Malasia y que conforman en conjunto una población de unos 15.000 personas aproximadamente. Los Robarchek llevaron a cabo sus trabajos de campo, residiendo con los Semai durante unos 14 meses, en varias oportunidades durante los años 1974 a 1978, pero además desde entonces no abandonaron las relaciones con esta gente, ya que el profesor Clayton Robarchek continuó luego trabajando en la Universidad Kebansaan en Malasia.

La *antropología* es la ciencia acerca del hombre; etimológicamente es el tratado que se propone el estudio científico acerca del ser humano. La antropología nos muestra la grandeza y la dignidad de la persona humana. Como elementos de una sana antropología cabe destacar en primer lugar la realidad de que el hombre es un ser que tiene alma, dado que la existencia del espíritu marca una cesura ontológica entre el hombre y los demás seres; la unidad radical de la persona humana, puesto que la dualidad cuerpo-alma constituye la unidad más profunda de la persona humana; el hombre es un ser social dado que vive en sociedad, un ser histórico y un ser ético, dado que el hombre es y practica una moral y sobretodo es un ser abierto a la trascendencia gozando por tanto de una disposición natural para amar a Dios antes que amarse a sí mismo³⁵¹.

³⁵¹ FERNÁNDEZ, A. Diccionario de Teología Moral, Ed. Monte Carmelo, Burgos, 2005, pág. 99.

La *Sociología* es la ciencia social que estudia los fenómenos colectivos producidos por la actividad social de los seres humanos, dentro del contexto histórico-cultural en el que se encuentran inmersos. Para la implementación de los diferentes programas de justicia restaurativa es necesaria la investigación sociológica para lograr así una armonía social. El análisis e investigación de la realidad social nos permitirá conocer diversos aspectos como el envejecimiento poblacional, el nivel socioeconómico, el grado de multiculturalidad, etc. que contribuirán de forma notable a diseñar programas restaurativos adaptados a las características sociales del municipio en cuestión.

Según la Teoría Sociológica de Paul McCold y Ted Watchel, destaca en la estructura de la justicia restaurativa la ventana de la disciplina social, la función de las partes interesadas y la tipología de las prácticas restaurativas, en lo que denominan la Ventana de la disciplina social: «Toda persona en la sociedad con un papel que suponga autoridad enfrenta opciones al decidir cómo mantener la disciplina social: los padres que educan a sus hijos, los maestros en las aulas, los empleadores que supervisan a los empleados o los profesionales de la justicia que actúan ante los delitos. Hasta hace poco las sociedades occidentales se basaban en el castigo, generalmente percibido como la única manera eficaz de disciplinar a aquellas personas que proceden mal o cometen un delito»³⁵².

«El castigo y otras opciones están ilustrados en la Ventana de la disciplina social (Figura 1), la cual se genera mediante la combinación de dos secuencias: “control,” imponer limitaciones o ejercer influencia sobre otros, y “apoyo,” enseñar, estimular o asistir a otros. Por razones de simplicidad, las combinaciones de cada una de las dos secuencias se limitan a “alto” y “bajo.” Un control social alto se caracteriza por la imposición de límites bien definidos y el pronto cumplimiento de los principios conductuales. Un control social bajo se caracteriza por principios conductuales imprecisos o débiles y normas de conducta poco estrictas o inexistentes. Un apoyo social alto se caracteriza por la asistencia activa y el interés por el bienestar. Un apoyo social bajo se caracteriza por la falta de estímulo y la mínima consideración por las necesidades físicas y emociona-

³⁵² En busca de un paradigma: Una Teoría sobre la Justicia Restaurativa. Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología, del 10 al 15 de agosto de 2003, en Río de Janeiro, Brasil.

les. Mediante la combinación de un nivel alto o bajo de control con un nivel alto o bajo de apoyo la Ventana de la disciplina social define cuatro enfoques para la reglamentación de la conducta: *punitivo, permisivo, negligente y restaurativo*»³⁵³

El enfoque punitivo, con control alto y apoyo bajo, se denomina también “retributivo.” Tiende a estigmatizar a las personas, marcándolas indeleblemente con una etiqueta negativa. El enfoque permisivo, con control bajo y apoyo alto, se denomina también “rehabilitativo” y tiende a proteger a las personas para que no sufran las consecuencias de sus delitos. Un control bajo y un apoyo bajo son simplemente negligentes, un enfoque caracterizado por la indiferencia y la pasividad. El enfoque restaurativo, con control alto y apoyo alto, confronta y desaprueba los delitos al tiempo que ratifica el valor intrínseco de los delincuentes. La esencia de la justicia restaurativa es la resolución de problemas de manera colaboradora. Las prácticas restaurativas brindan una oportunidad para que aquellas personas que se hayan visto más afectadas por un incidente se reúnan para compartir sus sentimientos, describir cómo se han visto afectadas y desarrollar un plan para reparar el daño causado o evitar que ocurra nuevamente. El enfoque restaurativo es reintegrativo y permite que el delincuente se rectifique y se quite la etiqueta de delincuente».

Esquema N° 5: Ventana de la disciplina social



³⁵³ Documento presentado en la Conferencia “Reconfigurando las Instituciones Australianas: Justicia Restaurativa y Sociedad Civil,” The Australian National University, Canberra, Febrero 16-18, 1999

Cuatro palabras sirven como referencia para distinguir los cuatro enfoques: NO, POR, AL y CON. Si el enfoque es negligente, NO se hará nada en respuesta a la conducta delictiva. Si es permisivo, se hará todo POR el delincuente, pidiendo poco a cambio y a menudo tratando de justificar el delito. Si es punitivo, se responderá haciéndole algo AL delincuente, amonestándolo y castigándolo, pero esperando poca participación reflexiva o activa por parte del delincuente. Si es restaurativo, se comprometerá CON el delincuente y otras personas, fomentando una participación activa y reflexiva por parte del delincuente e invitando a todas aquellas personas afectadas por el delito a participar directamente en el proceso de subsanación y de aceptación de responsabilidad. El compromiso cooperativo es un elemento fundamental de la justicia restaurativa.

Especial relevancia en el nuevo paradigma tiene la *Criminología* que es una disciplina empírica ínter, trans y multidisciplinaria que tiene como objeto de estudio al criminal, con relación al crimen mismo, sin dejar de lado del todo a la víctima la cual será en todo caso objeto total de estudio de la victimología, con el objetivo de entender al criminal mismo y sus distintas motivaciones que lo llevaron a cometer determinados crímenes.

Basa sus fundamentos en conocimientos diversos de disciplinas y ciencias tales como lo son la sociología, psicología, medicina, antropología, matemática, física y química, apoyándose de manera indirecta del derecho penal y de otras ciencias de carácter penal o forense. Las áreas de investigación criminológicas incluyen el iter criminis, la incidencia y las formas o mecanismos de los crímenes, así como sus causas y algunas consecuencias.

El nombre de esta ciencia fue utilizado por primera vez por el antropólogo francés Paul Topinard. Así mismo en 1885, el profesor italiano de derecho Rafael Garófalo acuñó este término de manera formal.

Asimismo, destacar la gran importancia que en el paradigma de justicia restaurativa tiene la *Victimología*³⁵⁴, ciencia que se dedica al estudio de las causas por las que determinadas personas son víctimas de un delito y de cómo el estilo de vida conlleva una mayor o menor probabilidad de que una determinada persona sea víctima del mismo. El campo de la *victimología* incluye o puede incluir, en función de los distintos autores, un gran número de disciplinas como son: la sociología, la psicología, el derecho penal y la criminología.

La finalidad de la victimología es esencialmente la reparación del daño a la víctima. Cabe mencionar que al ayudar al ofensor de algún modo se ayuda a la víctima. Normalmente la víctima quiere que ese suceso no vuelva a ocurrir y la causa de lo sucedido.

Ciencia política, Teoría Política y Politología son distintas denominaciones de una ciencia social que estudia la teoría y práctica de la política, los sistemas y comportamientos políticos en la sociedad. Su objetivo es establecer, a partir de la observación de hechos de la realidad política, principios generales acerca de su funcionamiento. Interactúa con otras ciencias sociales, como la economía o la sociología, entre otras. El paradigma restaurativo si fuera política pública beneficiaría a los ciudadanos.

El *Trabajo Social* se define según las Organización de las Naciones Unidas y la Asociación Internacional de Escuelas de Trabajo Social (IASSW) como la profesión que promueve el cambio social, la resolución de problemas en las relaciones humanas y el fortalecimiento y la autonomía del pueblo, para incrementar el bienestar. Mediante la utilización de teorías sobre comportamiento humano y los sistemas sociales, el Trabajo Social interviene en los puntos en los que las personas interactúan con su entorno. Los principios de los Derechos Humanos y la Justicia Social son fundamentales para el Trabajo Social.

³⁵⁴ La *Victimología* es una ciencia que estudia científicamente a la víctima y su papel en el hecho delictivo.

Los trabajadores sociales se ocupan de planificar, proyectar, calcular, aplicar, evaluar y modificar los servicios y políticas sociales para los grupos y comunidades. Actúan en muchos sectores funcionales utilizando diversos enfoques metodológicos, trabajan en un amplio marco de ámbitos organizativos y proporcionan recursos y prestaciones a diversos sectores de la población a nivel microsocioal, social intermedio y macrosocioal. De ello se desprende: Información; Investigación; Prevención; Asistencia; Promoción; Mediación; Planificación; Dirección; Evaluación; Supervisión; Docencia.

3. Las Ciencias de la Educación

Las *Ciencias de la Educación* son todas las disciplinas interesadas en el estudio científico de los distintos aspectos de la educación en sociedades y culturas determinadas. Entre ella cabe destacar como más significativas la Sociología de la Educación, la Economía de la Educación, la Antropología de la Educación, la Historia de la Educación, la Psicología Educacional, la Pedagogía, la Didáctica, la Filosofía de la educación, la Educación Comparada y la Política Educacional.

La *Filosofía de la Educación* es la disciplina que estudia el comportamiento de la educación a la luz de las leyes que regulan el desarrollo de la sociedad humana, desde que el hombre apareció en la tierra, hasta el momento actual y de las que gobierna cada formación económica-intermedio social en particular; disciplina que además, estudia las diferentes concepciones del mundo y la formas como ellas conciben el hecho educativo, en sus elementos y movimientos fundamentales.

En el ámbito de la *Pedagogía* tras un estudio de las Sagradas Escrituras podemos observar claramente el modelo pedagógico de Jesús. Esto nos puede llevar a reflexionar acerca del hecho de que en el campo de la pedagogía por encima de los enfoques de Pestalozzi, María Montessori, Rousseau, Lawrence Kohlberg, Abraham Maslow, Froebel, Herbart, Piaget o Ausubel, nos encontramos con el método pedagógico de Jesús, capaz de transformar la forma de vida y cambiar la percepción del mundo y sus acciones. Dicho método al asociarse a un entorno religioso y doctrinal, en ocasiones no permite ver su dimensión pedagógica, limitándolo al contenido de sus enseñanzas, cuando detrás de las mismas encontramos *una pedagogía del amor*, tendente a la formación de las personas para inducir cambios profundos en sus vidas. Así en Mateo 5, 21-26, po-

demos aprender a no guardar rencor, a no dejarnos llevar por la ira porque es una emoción inadecuada; la ira impide pensar con claridad y nubla las potencias del alma y se pueden causar daños emocionales importantes.

Como principios educativos que suponen un estilo de vida cabe destacar en primer lugar, la formación integral, reconociendo la trascendencia espiritual, puesto que podemos ver como actualmente la educación se centra en el conocimiento de la ciencia, debiendo complementarse con el saber ético y moral, puesto que una sólida formación espiritual a los alumnos va a garantizar que sean ciudadanos capaces de dar lo mejor de sí mismos. Asimismo, el sentido de la dignidad humana, la valoración del ser humano, entendiendo su valor hasta elevarlo a la categoría máxima de hijo de Dios, el empleo de la cotidianidad, el principio de la igualdad del maestro frente a la diversidad de los alumnos, con el acercamiento que esto implica y la atención personalizada a los que presentan más dificultades y el principio de respeto entre los miembros de la comunidad educativa, el principio del liderazgo al servicio de los demás, el valor de la perseverancia en lo bueno.

No se trata de que mediante el *proceso restaurativo* se restaure únicamente el origen y las causas del conflicto en el que nos encontramos, sino que el proceso restaurativo tiene que servir a las partes como base para crear un estilo de vida por el camino del bien, teniendo en cuenta la dimensión espiritual de la restauración que implica, paz interior, armonía y felicidad, amando a Dios, como Creador y al prójimo. Ello garantiza la construcción de un tejido social sano, en el que reine la armonía y el amor.

Una de las cosas que se debe enseñar en el proceso restaurativo es el significado de servir a los demás, de dar sin esperar nada a cambio, de ser humildes, pues la felicidad del hombre radica en el servicio a los demás y no se encuentra como suele pensarse en tener muchas posesiones, se les debe invitar a servir como sentido fundamental de su existencia. Así cabe destacar la importancia de Isaías 55, 10-11.

Las acciones y palabras de los educadores poseen una fuerza formativa que produce hondas y definidas huellas de aprendizaje para los estudiantes e implican una seria responsabilidad de ser altamente constructivos con ellas.

En la educación, las acciones del docente, ante las diferentes situaciones de la vida, constituyen un testimonio y a la vez un modelo a imitar, se trata del aprendizaje por modelamiento, tan decisivo en la formación de actitudes constructivas y positivas en la vida. El docente debe proporcionar un ejemplo digno de seguir por su discípulo.

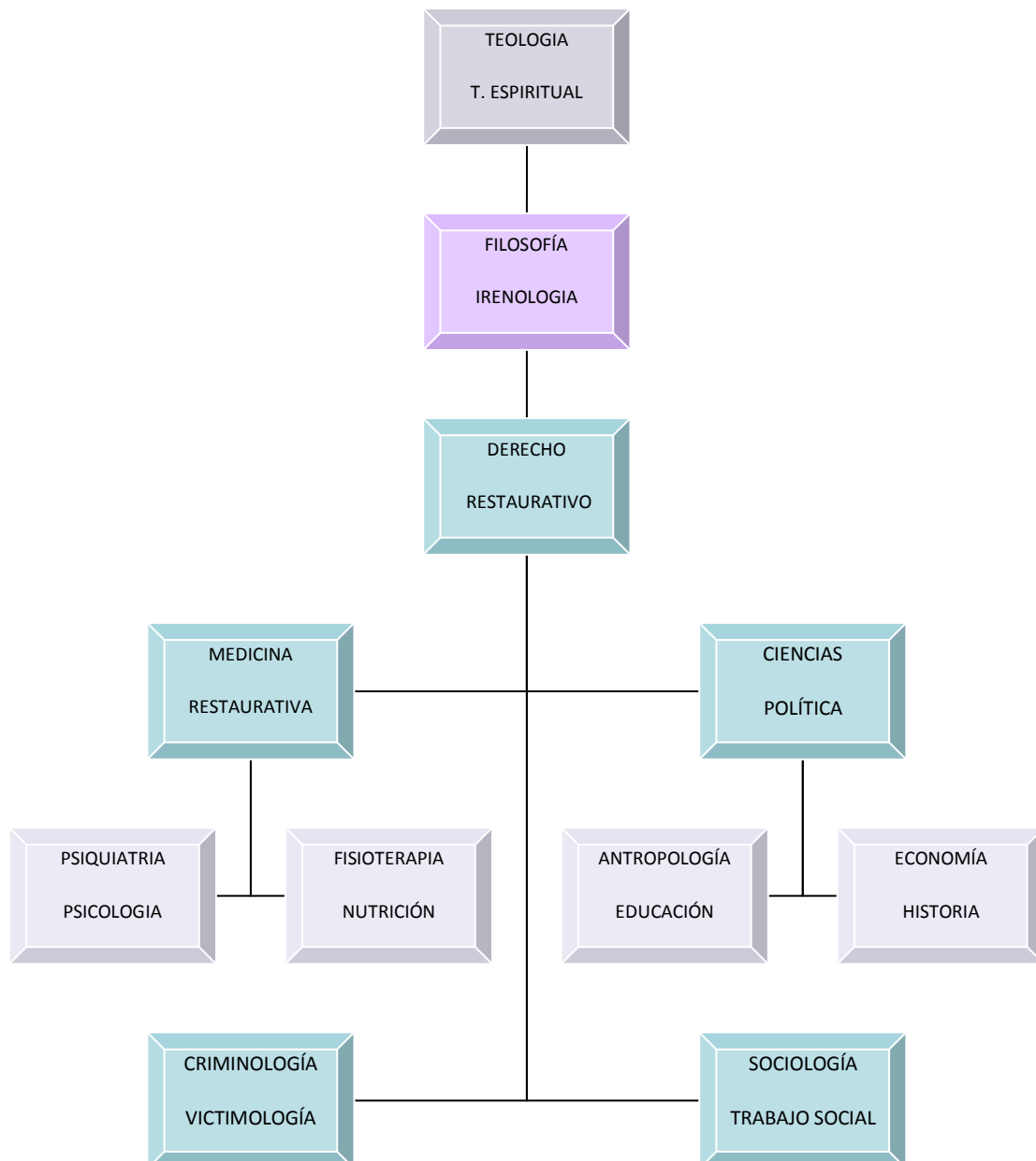
Del análisis de las fuentes de este *paradigma restaurativo* vemos como debería seguirse el modelo pedagógico de Jesús totalmente actual, puesto que frente al modelo pedagógico de Jesús, resulta incoherente, como en la educación actual y en la sociedad contemporánea, apenas a finales del siglo XX, surge la necesidad de reinventar la docencia, a partir de una concepción dinámica de la misma, entendida, como un todo articulado de naturaleza simbólica e interactiva y un proceso de relación ética, en donde cada quién se abre un horizonte de posibilidades para su realización.

En este proceso juega un papel fundamental la comprensión mutua, el reconocimiento recíproco para la búsqueda de la verdad, armonía, sinceridad, honestidad y la rectitud entre los interlocutores, es decir, se busca la acción comunicativa, que resulta más coherente con la naturaleza misma del proceso educativo. La aplicación de las parábolas como método didáctico, ilustrado con el uso que Jesús hace de ellas y los resultados que obtiene son una invitación y un reto para aplicarlas en el ejercicio docente, entendiendo que un sencillo principio pedagógico es trabajar cada vez con un concepto, en una categoría o en una teoría. La estrategia metodológica utilizada por Jesús es variada y de palpitante actualidad. Tanto sus principios educativos como la manera de aplicarlos y enseñarlos constituyen para la educación de hoy un modelo digno de tener en cuenta y de ser estudiado a profundidad.

La *Educación Social* es una profesión pedagógica que promueve la incorporación del educando a la diversidad de las redes sociales, para el desarrollo de la sociabilidad y la circulación social, y la promoción cultural y social del mismo a través de la adquisición de bienes culturales, que le permitan ampliar sus perspectivas educativas, laborales, de ocio y de participación social. El Consejo Estatal de Colegios de Educadores y Educadoras Sociales (ASEDES) define la educación social tanto como profesión de carácter pedagógico como el derecho del ciudadano, sujeto del proceso educativo, a ser integrado a las redes sociales y poder acceder a bienes culturales que le permitan ampliar sus perspectivas educativas, laborales, de ocio y participación social. Por tanto, la Educa-

ción Social previene el conflicto y mejora la convivencia de los ciudadanos, contribuyendo a la paz social. De ahí que en el proceso restaurativo esta disciplina tengo mucho que aportar en el seguimiento de los procesos y en la formación de los ciudadanos para evitar futuros conflictos.

Esquema n.º 6: Cuadro de disciplinas



C. EL ACTO DE CONOCER

a. El pensamiento hebreo

La investigación realizada nos ha permitido descubrir que determinados conceptos correspondientes al pensamiento bíblico, en su **dimensión hebrea tienen una profundidad y una connotación de eternidad**, mientras que en su dimensión griega estos términos aparecen reducidos a las capacidades finitas del logos humano, ofreciéndonos por tanto ambas dimensiones, visiones del mundo totalmente distintas. Dada su relevancia procedemos seguidamente al estudio de distintos conceptos desde su dimensión hebrea.

1. El significad de conocer: Yada

El término hebreo *yada*, que significa «conocer» tiene una trascendencia distinta a la griega, puesto que tiene una dimensión relacional y experimental, no limitándose a la percepción por los sentidos, al sentido únicamente cognitivo. Bajo la dimensión hebrea «conocer» aparece como fruto de la reflexión, que implica tanto saber por observación y reflexión como saber por experiencia, un conocimiento que Santo Tomás de Aquino denomina «cognitionem per connaturalitatem». Un ejemplo lo podemos ver en Génesis (Bereshit בְּרֵאשִׁית)³⁵⁵ 8.11, cuando se hace mención a que Noé *comprendió* que las aguas habían disminuido al ver la hoja de olivo en el pico de la paloma; lo *supo* después de observar y reflexionar sobre lo que había visto (no vio ni experimentó personalmente que las aguas habían disminuido)³⁵⁶.

El concepto también tiene un lado puramente empírico puesto que el *que sabe* podemos decir que *se involucra con el objeto de este saber*. Un ejemplo lo encontramos en Génesis (Bereshit בְּרֵאשִׁית) 18.19 cuando Dios dice que *conoce* a Abraham, es decir, se

³⁵⁵ La traducción judía designa este primer libro de la Biblia con el nombre de Bereshit (בְּרֵאשִׁית) palabra con la cual comienza en su original hebreo. La posterior traducción al griego (s.III a.C.) lo denominó «Génesis» que significa «origen o principio» y así pasó al latín y también al castellano.

³⁵⁶ MENSAJERO, S.A.U., «Génesis» (Gn.), *La Biblia de Nuestro Pueblo*, (Texto-Traducción Biblia del Peregrino- Luis Alonso Shökel, Comentarios: Equipo Internacional), 2ª ed., España, Santander, Ed. Salterae, 2011, pág. 76.

preocupa por él en el sentido de haberle escogido para que instruya a los demás en la justicia y el derecho³⁵⁷.

Yada, tiene que ver con conocer comprendiendo desde el corazón. Un ejemplo lo tenemos en Deuteronomio (Devarim דְּבָרִים)³⁵⁸ 8.5 cuando los israelitas, debido a que experimentaron la presencia sustentadora de Dios durante su peregrinaje en el desierto³⁵⁹, *comprendieron* en sus corazones que Dios les estaba educando y cuidando como un padre vela por un hijo³⁶⁰.

Yada, se utiliza también para expresar un concepto particular de revelación puesto que Dios se revela a través de la ley entendida como enseñanza y la promesa, por ejemplo Dios no se dio a conocer por su nombre YHVH a Abraham, Isaac y Jacob, aunque sí les reveló el contenido de este nombre mostrándoles que era el Dios del pacto. No obstante, el pacto no se cumplió, en el sentido de que no poseyeron la tierra prometida sino hasta el tiempo de Moisés. En Ezequiel (Ez.) 20.11, vemos como *Dios se revela a través de la palabra hablada*, por ejemplo, los mandamientos que dio a través de Moisés³⁶¹.

³⁵⁷ MENSAJERO, S.A.U., «Génesis» (Gn.), *La Biblia de Nuestro Pueblo*, (Texto-Traducción Biblia del Peregrino- Luis Alonso Shökel Comentarios: Equipo Internacional), 2ª ed., España, Santander, Ed. Salterae, 2011, pág. 89.

³⁵⁸ El Deuteronomio (Devarim דְּבָרִים) se caracteriza por un deseo de inculcar la fidelidad al Señor y a sus leyes

³⁵⁹ El desierto como lugar y simbólico donde Dios ha hecho todo un trabajo de formación integral con el pueblo.

³⁶⁰ Deuteronomio 8,5: «para que reconozcas que el Señor, tu Dios, te ha educado como un padre educa a su hijo: para que guardes los preceptos del Señor, tu Dios, sigas sus caminos y lo respetes», en MENSAJERO, S.A.U., «Deuteronomio» (Dt.), *La Biblia de Nuestro Pueblo*, (Texto-Traducción Biblia del Peregrino- Luis Alonso Shökel Comentarios: Equipo Internacional), 2ª ed., España, Santander, Ed. Salterae, 2011, pág. 330.

³⁶¹ Ezequiel 20, 11: «Les di mis preceptos y les enseñe mis mandamientos, que dan la vida al que los cumple» en MENSAJERO, S.A.U., «Ezequiel» (Ez.), *La Biblia de Nuestro Pueblo*, (Texto-Traducción Biblia del Peregrino- Luis Alonso Shökel Comentarios: Equipo Internacional), 2ª ed., España, Santander, Ed. Salterae, 2011, pág. 1092.

2. El significado de justicia: *Sedeq* y *Mishpat*

En la *Tanak* (Antiguo Testamento), encontramos el concepto de justicia y vemos como no se trata de una justicia imparcial en el sentido occidental que conocemos (la justicia conforme a la norma abstracta de *dar a cada uno lo suyo*) refiriéndose más bien a un contexto concreto de relaciones sociales significando más bien rescatar a la víctima, liberar al oprimido.

Sedeq (justicia, el bien) es la expresión suprema y global de lo que es valioso, justo y correcto en la comunidad. Es el concepto central que gobierna todas las relaciones sociales entendiendo el hecho de rectificar situaciones entre personas y grupos, vivir conforme a lo que la situación social exige. *Mishpat*, *Sedaqah*, *Heded* y *Emeth* (amor constante) explicitan uno o más aspectos del término *Sedeq*. El amor al prójimo es la norma suprema de *Sedeq* y el resumen de todas las demás normas. Es la base, el alma de toda la justicia: las normas y criterios de justicia tienen que expresar las exigencias del amor. La virtud de la justicia tiene por misión ordenar al hombre en la relación con otro ser humano: la verdad de las relaciones humanas. *Sedaqah*, significa acto de bondad o compasión: liberar al oprimido, ayudar al huérfano, al inmigrante, al pobre.

El ser humano debe amar a Dios. El precepto clásico de Deuteronomio (Devarim (דְּבָרִים) 6, 4-6 expresa la totalidad, intensidad y exclusividad de la actitud humana, que después se manifestará en el cumplimiento de los mandatos Dt. 5, 10.

La dimensión hebrea del concepto de justicia, *mishpat*, **enfatisa la acción**, el dar lo que corresponde, el poner en orden las cosas. En el Antiguo Testamento, el *hacer mishpat* tenía que ver con ocuparse de la viuda, el huérfano, el pobre y el extranjero, que eran sectores marginales de la sociedad de esa época. *Mishpat*, es justicia o derecho. Tiene matices más jurídicos, de reglas, instrucciones, procesos, ampliaciones de su sentido primario justicia restaurativa, liberadora o salvífica. Está relacionado con el amor y la compasión. No hay justicia sin amor y sin misericordia.

Es una de las ideas centrales del Antiguo Testamento y va unida a la misericordia y al amor. La justicia es tarea de todos y brota de la conciencia: es corriente llamar justo al ser humano honrado. Dios establece la justicia en Israel respaldando una legislación que pretende ordenar las relaciones de los ciudadanos como parte de la alianza. Practicar la justicia está íntimamente ligado con conocer al Señor, al verdadero Dios, que ama la justicia Jr. 22,16; Is. 45, 21-25. En la era final o mesiánica implantará un reino de justicia en la tierra Is. 11, 1-5; 32, 1-3. 15-19)³⁶².

3. El significado de misericordia: Chesed

La misericordia en su dimensión hebrea, *Chesed*, es una actitud del corazón de compasión y gracia, de la cual fluye una vida de justicia. La misericordia de Dios es casi la cualidad dominante de Dios respecto al ser humano; incluye los aspectos de compasión, ternura, clemencia, piedad, paciencia, tolerancia. En rigor, todo beneficio de Dios al ser humano tiene carácter de misericordia, pues no se basa en derechos o méritos humanos, haciendo posible la conversión y la transformación del ser humano. Entra en la definición de Dios (Éx. 34,6; Sal. 86, 15). Su extensión es universal y su duración eterna (Salmo 136), difiere el castigo, lo mitiga y aun lo suspende y triunfa liberando al necesitado³⁶³. De ahí que el ser humano tenga la obligación de ser misericordioso con el prójimo. (Prov.3, 27; 20,28; Sab.12, 19)³⁶⁴.

³⁶² MENSAJERO, S.A.U., «Vocabulario de notas temáticas», *La Biblia de Nuestro Pueblo*, (Texto-Traducción Biblia del Peregrino- Luis Alonso Shökel Comentarios: Equipo Internacional), 2ª ed., España, Santander, Ed. Salterae, 2011, pág. 41.

³⁶³ Una vida sin esa virtud puesta en acción hacía que cualquier intento de culto a Dios fuera un sacrificio vacío o una pérdida de tiempo. En efecto, el pueblo de Dios, que quiere adorar en verdad, cualquiera sea el cántico, está llamado a hacer justicia (poner orden en las cosas y en la vida), a amar la misericordia (vivir con profunda compasión) y a caminar humilde delante de Dios. El culto, repensado bajo esta mirada, es lo que Dios quiere y lo que el mundo necesita desesperadamente.

³⁶⁴ MENSAJERO, S.A.U., «Vocabulario de notas temáticas», *La Biblia de Nuestro Pueblo*, (Texto-Traducción Biblia del Peregrino- Luis Alonso Shökel Comentarios: Equipo Internacional), 2ª ed., España, Santander, Ed. Salterae, 2011, pág. 44.

b. Conocer es practicar la justicia

En el pensamiento bíblico, en concreto en el Antiguo Testamento vemos como esto se materializa, puesto que *conocer a Yahvé* es *practicar la justicia* como nos dice el profeta Amós: «Detesto y rechazo vuestras festividades. No quiero oler vuestras ofrendas. Si me ofrecéis holocaustos y dones, no me agradarán. No miraré vuestros sacrificios pacíficos de terneros cebados. Quítame de encima el ruido de tus cánticos. Que no oiga el cencerreo de tus arpas. Que fluya el derecho como el agua, y la justicia como torrente inagotable. ¿Acaso ofrecisteis sacrificios y ofrendas en el desierto durante cuarenta años, casa de Israel? (Am 5, 21-25)».

Lo que los profetas manifiestan es que el conocimiento de Dios no viene por vía intelectual, dogmática, doctrinal, sino que consiste en la práctica del culto, en la práctica del amor y de la justicia. Es en esa práctica donde *El que es* se manifiesta, donde se experimenta el Amor. «Ay del que construye su casa con no-justicia y sus pisos con no-derecho; hace trabajar de balde a su prójimo; no le paga su salario. Dice: ‘Me voy a edificar una casa espaciosa con holgados aposentos’, y abre ventanas, la artesona de cedro, la pinta de rojo. ¿Acaso eres rey porque compites en cedros? ¿Que tu padre no comía y bebía? **Pero hacía justicia y derecho: eso es lo que importa. Defendía la causa del pobre y del indigente: eso es lo que vale. ¿No consiste en eso el conocerme? (Jer 22, 13-16)**». *Conocerme consiste en practicar la justicia* dice el texto. El *conocer* no es un acto intelectual que tenga consecuencias éticas, sino que se realiza en la misma práctica ética del amor y la justicia. Es el que realmente practica el amor y la justicia el que realmente *conoce* a Dios y lo está conociendo en el acto mismo de esa práctica. En el acto de restaurar se conoce a Dios. Por tanto, *practicar la justicia y el amor es conocimiento de Dios*. De ahí, que la práctica de la justicia restaurativa, que es justicia misericordiosa y en la que se *práctica la justicia y el amor sea conocimiento de Dios*. De ahí que este principio universal y con fundamento bíblico pueda ser la base para un diálogo interreligioso.

Conocemos la justicia restaurativa practicando la misericordia con el prójimo y estando a su servicio. Dando la vida por los demás, conoceremos el amor y la paz, esencia del paradigma restaurativo.

Podemos ver como en el Antiguo Testamento, el Profeta Jeremías, por su fidelidad y continuo contacto con Dios, sellados por el sufrimiento, despertará en la conciencia del pueblo la necesidad de un nuevo tipo de relación con el Señor, más enraizada en el corazón que en el mero cumplimiento externo de las leyes. Esta relación de obediencia es el culto que Dios desea y que deberá manifestarse en la justicia y en la defensa de la causa del huérfano, del pobre y de la viuda, es decir, de los pobres entre los pobres. Hay textos del profeta Jeremías en los que podemos observar como hay una equivalencia entre Conocer a Dios y Practicar la Justicia. (Jer 9.23) Pero ¿a qué justicia se refiere? ¿Es la justicia tal cual la entendemos en nuestros días, dentro de un sistema retributivo, o es más bien una justicia desde el amor y la “Regla de Oro”?

También Isaías 11.1-9 pone en relación el conocimiento de Dios con la reconciliación universal que es fruto de la justicia mesiánica³⁶⁵. El nuevo testamento profundiza en esta equivalencia. Juan quien ama a su hermano real y efectivamente conoce a Dios. Juan 4.7

San Agustín de Hipona en su obra *De Trinitate* dice que *quien ama a su hermano conoce a la Trinidad misma, al experimentar realmente el amor*” “Imo vero vides Trinitatem, si charitatem vides”³⁶⁶

San Pablo tb hace referencia. “*El amor a la verdad y no sólo su conocimiento teórico conduce a la Salvación.*” Tes. 2.10

En Mt 25, 31ss hace referencia a que “*Conocieron a Dios y se relacionaron de hecho con Él aquellos que atendieron misericordiosamente a los necesitados*” Conocieron a Dios porque practicaron la justicia, aunque no sabían que estaban relacionándose con Dios. Su positiva relación con Dios era práctica, no intelectual o teórica. La parábola de los ateos, como es llamada esta palabra de Jesús, viene a ser otra forma de presentar la regla de oro. Esa parábola resume también la Ley y los profetas. Su exigencia ética suple toda exigencia de culto y de ortodoxia (Mt 25, 37.38.44).

³⁶⁵ GARCÍA MURGA J.R., *El Dios del amor y de la paz*, Universidad Pontificia de Comillas de Madrid.

³⁶⁶ SAN AGUSTÍN, *De Trinitate*, VIII, 8, 12, Madrid, Ed. BAC, 1968, págs. 430 y siguientes.

Lc 10, 25ss presenta lo mismo con un caso más extremo, con una presentación que podríamos llamar más anticlerical, anticúltica, antiinstitucional. El sujeto propuesto como ejemplo es precisamente una persona que no es miembro del Pueblo de Dios, que no conoce la Ley, más aún: que es hereje cismático, heterodoxo, samaritano. Es sabido que para los judíos de la época, el samaritano era el prototipo de persona heterodoxa. Pues esa persona es la que es puesta en la parábola de Jesús por delante del levita y del mismo sacerdote. ¿De dónde le viene esa precedencia sobre ellos? No de su conocimiento intelectual, teológico, teórico, dogmático... campos en los que era claramente inferior, sino de haber practicado la misericordia con su prójimo.

En las Sagradas Escrituras, vemos como Jesús asume las posiciones de los profetas del conocimiento de Dios como práctica de la justicia y de la primacía del amor práctico sobre el culto. En la conversación con la mujer samaritana (que, en la mentalidad judía del momento, debía ser evitada doblemente, por ser mujer y por ser heterodoxa) Jesús se manifiesta por encima de la discusión religioso-teológica irreconciliable que enfrentaba a los dos pueblos, al judío y al samaritano. Mutuamente se consideraban herejes, heterodoxos, cismáticos, alejados de Dios, personas y pueblos que habían de ser evitados. Pero Jesús no evita a la samaritana; al contrario, se acerca a ella, entabla conversación amistosa y le proclama que ya ha llegado la hora en que los verdaderos adoradores adorarán al Padre en espíritu y en verdad.

Otros ejemplos de ortodoxia en este sentido los encontramos en Mt 5, 23-24: deja la ofrenda y reconcílate primero. Mt 9, 11-13: misericordia quiero, no sacrificios; Mt 23, 23-24: olvidan lo más grave, justicia y el amor; La Carta de Santiago 2, 14-18 insiste en la necesidad de las obras por encima de la necesidad de la fe y en Juan 4, 7-8 Dios es amor. Todo el que ama es nacido de Dios y conoce a Dios, el que no ama no ha conocido a Dios. *Conocer a Dios* es tener un íntimo conocimiento práctico de Él. En sentido positivo, *conocer a Dios* es lo mismo que temer (R 8.43), servir (Cr 28.9) y confiar³⁶⁷.

³⁶⁷ Isaías 43.10: «Vosotros sois mis testigos y mis siervos, a quienes escogí, para que supierais y me creyerais, para que comprendierais quién soy yo [...]», MENSAJERO, S.A.U., «Isaías» (Is.), *La Biblia de Nuestro Pueblo*, (Texto-Traducción Biblia del Peregrino- Luis Alonso Shökel Comentarios: Equipo Internacional), 2ª ed., España, Santander, Ed. Salterae, 2011, pág. 948.

c. **Relación armónica entre ortodoxia y ortopraxis**

La contraposición entre el conocer teórico y el saber práctico la encontramos entre los mismos filósofos de Occidente, aunque es evidente que el saber teórico debe complementarse con el saber práctico. En relación a analizar en qué consiste el proceso de aprehensión del objeto de conocimiento por medio del sujeto, cabe distinguir que generalmente, el conocimiento tradicionalmente se ha dividido en teórico y práctico. Por ello, consideramos que hemos de reflexionar acerca de la importancia de la ortopraxis y la ortodoxia en el nuevo paradigma restaurativo: ¿Prima la ortopraxis sobre la ortodoxia? ¿Es la ortodoxia lo más importante en el nuevo paradigma? Consideramos que lo correcto es una relación armónica entre la ortodoxia y la ortopraxis en el nuevo paradigma puesto que una correcta ortopraxis exige conocer la verdad de las cosas y vivirla.

Poco a poco en nuestra sociedad se ha producido una ruptura entre la ortodoxia y la ortopraxis. El empirismo de John Locke, la crítica filosófica de Emmanuel Kant y el naturalismo de David Hume, confeccionan una nueva conceptualización de una ortopraxis desligada de la ortodoxia cristiana.

Restaurar es un hacer que implica conocer la verdad y obrar en consecuencia. De ahí la importancia de la ortodoxia. A través de la enseñanza, corrección e instrucción de la Palabra (Ortodoxia) recibimos la *capacitación* para las conductas y acciones correctas (Ortopraxis). En el desarrollo integral de nuestra ortodoxia y la praxis que deriva de ésta, es donde podemos encontrar *la conducta moral correcta*.

La buena voluntad únicamente, sin una correcta ortodoxia puede originar que no se lleve a cabo bien la ortopraxis. Por otra parte, la complejidad que conllevan la mayoría de los asuntos y la entrega y el compromiso que requieren pueden hacer que alguien que tenga muy buena ortodoxia no sepa llevarla a la práctica, al exigir un cambio de conciencia en muchas ocasiones y primero restaurarse a sí mismos antes de restaurar a los demás. En el Paradigma Restaurativo, la relación armónica entre la ortodoxia y la ortopraxis nos aseguran la adecuada resolución pacífica del conflicto y la restauración de las partes implicadas en el mismo, si bien entendemos que el acto de conocer se entiende como operación, como praxis.

CAPITULO V

EL PROCESO RESTAURATIVO

A. EL MÉTODO RESTAURATIVO

a. Definición de método restaurativo

El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* nos indica que la palabra *método* viene del latín *methodus* y éste del griego μέθοδος que significa «el camino a seguir» (del griego μετά *metá* «más allá», ὁδός *odós* «camino o vía para llegar más lejos» y λογός *logos* «razón, estudio») expresando el procedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla, el camino seguro para llegar más allá, un modo ordenado y sistemático de proceder para llegar a un resultado o fin determinado³⁶⁸. En el ámbito de la investigación, se denomina *método* al modo de proceder o conjunto de procedimientos racionales utilizados para alcanzar los objetivos de una investigación científica. Así pues, de conformidad con la definición anteriormente mencionada, el *método restaurativo* es por tanto, el modo de conocer con certeza aceptable el *derecho restaurativo*, incluyendo el modo de proceder en los *procesos restaurativos*.

b. Naturaleza y fines del método restaurativo

El *método restaurativo* participa de la naturaleza y fines del *paradigma restaurativo* expuestos en el capítulo primero del presente trabajo de investigación y se materializa en una correcta y recta práctica dentro del *proceso restaurativo*.

La Resolución 2002/12, de 24 de julio, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, sobre *Los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal*, en su apartado I relativo a las *Definiciones*, señala: «2. Proceso Restaurativo: Cualquier proceso en que la víctima, el

³⁶⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la.....op.cit.*

delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas»³⁶⁹.

El profesor Giner de los Ríos en su obra *Principios del Derecho Natural* donde nos dice que: «Teniendo la perturbación criminal del Derecho su raíz en la voluntad injusta, de la que el hecho exterior no es otra cosa que una pura manifestación, **la reparación consiguiente debe en primer término proponerse la reforma de esta voluntad pervertida. Tal es el fundamento de la pena, que debe ser siempre y únicamente correccional; pues fácil es comprender que el orden del Derecho no quedará restablecido con la simple indemnización de los perjuicios exteriores originados por el delito, ni menos por la imposición al delincuente de un mal, de un padecimiento**, que sólo sería una nueva injusticia atentatoria al Derecho, que el delincuente jamás pierde por su delito, pues como propiedad de su naturaleza, no pende de su criterio ni de sus actos». Y continúa diciendo que «El fin de la pena es por tanto, el restablecimiento del orden jurídico mediante la reforma de la voluntad viciosa, [...]»³⁷⁰. Entre las teorías acerca del fundamento de la pena destacar la teoría de la reparación, que asigna por objeto a la pena el restablecimiento del orden jurídico perturbado³⁷¹.

c. Características del método restaurativo

Una de las características más importante del *método restaurativo* basado en la ética de las virtudes, es su aplicabilidad a todos los seres humanos por el mero hecho de serlo, dado su fundamento en la dignidad humana y en los derechos humanos.

³⁶⁹ U.N.O.D.C. (Office on Drugs and Crime United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], «Anexo II. Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Utilización de los Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de las Naciones Unidas de 2002», *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006, pág. 99 y ss.

³⁷⁰ GINER DE LOS RÍOS, F., *Principios de Derecho Natural*, Madrid, 1916, Espasa – Calpe, S.A., pág. 188

³⁷¹ GINER DE LOS RÍOS, F., *Principios de Derecho Natural*, Madrid, 1916, Espasa – Calpe, S.A., pág. 192

El *método restaurativo* desde la tesis que planteamos, trata de conocer las causas del conflicto originado y por tanto, la realidad en profundidad, para posteriormente proceder a restaurar a las partes implicadas en el conflicto.

La función más noble del Derecho desde la perspectiva ética es contribuir a reducir el sufrimiento humano y ello es imposible sin un conocimiento total de todas las circunstancias concurrentes»³⁷². Recientes investigaciones en el campo de la neurología y la neurociencia contribuyen a constatar la idea de que la mente entendida como conciencia encarnada y por tanto bajo el prisma de la conciencia pura llega a un estado de calma y paz que revierte en el comportamiento del ser humano.

Pero quizá determinadas cuestiones como las dimensiones espirituales del ser humano – el alma, la libertad, la paz interior –no pueden medirse ni fijarse en términos cuantitativos ni son susceptibles de comprobación experimental a través de los sentidos. El *método restaurativo* en este sentido y en cuanto a su profundidad, excede del método científico por ser éste particular y con afán de exactitud, gozando el *método restaurativo* de **características de universalidad, plenitud y totalidad**, puesto que se trata de conocer toda la realidad, no únicamente la que se percibe a través de los sentidos.

Al respecto Aristóteles manifiesta que «a pesar de ser muy poco lo que podemos alcanzar de las realidades incorruptibles, en virtud de la nobleza de tal conocimiento, nos produce más alegría que el de todo cuanto nos rodea»³⁷³. Tomás de Aquino manifestaba al respecto «El más insignificante conocimiento que uno pueda lograr sobre las cosas más elevadas y sublimes es más digno de ser deseado que el saber más cierto de las cosas inferiores»³⁷⁴.

³⁷² SEGOVIA BERNABÉ, J.L. Propuestas ético-legales para avanzar en la justicia restaurativa y humanizar el sistema penitenciario, Revista Corintios XIII, VIII Congreso Nacional de Pastoral Penitenciaria, Madrid, 10 al 12 de septiembre de 2010, enero-junio 2011, n.º 137-138, pág. 326 y ss. José Luis Segovia Bernabé es coordinador del área jurídica de pastoral penitenciaria.

³⁷³ SALGADO GONZÁLEZ, S., «La Filosofía de Aristóteles», *Revista de Filosofía Duederías*, Serie Historia de la Filosofía, 2012, Vol. 2, pág. 36.

³⁷⁴ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., SALGADO GONZÁLEZ, S., «Filosofía medieval en el cristianismo: Agustín de Hipona y Tomás de Aquino», *Revista de Filosofía Duederías*, Serie Historia de la Filosofía, 2012, Vol. 6, pág. 28.

Se trata de que durante el *proceso restaurativo*, las partes intervinientes sanen y se restauren produciéndose realmente un cambio en sus vidas y experimentando el amor y la paz interior. A la luz de las investigaciones realizadas podemos decir que el *principio de caridad* es uno de los principios metodológicos esenciales en el nuevo paradigma, se traduce en la conocida *Regla de Oro* expuesta en el Evangelio según San Mateo, en concreto en 7:12: «Por tanto, todo cuánto queráis que os hagan los hombres, hacédselo también vosotros a ellos; porque ésta es la Ley y los Profetas»³⁷⁵. Asimismo en el Evangelio según San Lucas 6:31 también se hace referencia a la *Regla de Oro*, enseñanza que aparece dentro de la enseñanza sobre el amor hacia los enemigos: «Y tratad a los hombres como queréis que ellos os traten»³⁷⁶; enseñanza que podemos ver como de una manera u otra se encuentra en el código ético de todas las religiones y culturas. En el judaísmo aparece expresada negativamente: «no hagas a otro lo que no quieres que te hagan a ti».

En la práctica, en el *proceso restaurativo*, si tenemos una pareja que se encuentra en dificultades y están pensando en el divorcio, les invitaremos a sanar y restaurar su relación, a romper la espiral de la violencia, a vencer el mal a fuerza de bien, a no permitir que el espíritu del mal continúe trabajando y a no optar por la venganza sino por el perdón y la misericordia.

³⁷⁵ UBIETA LÓPEZ, J.A., *Nueva Biblia de Jerusalén*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1999, pág. 1360.

³⁷⁶ *Ibíd.*, pág. 1432.

d. La aportación de la tradición hebrea

Cuando hacemos referencia al proceso judicial pensamos en el derecho romano, como fuente principal de nuestro sistema jurídico, sin tener en cuenta, la importancia de un ordenamiento jurídico previo a la tradición romana, denominado *derecho hebreo*, el cual se hace sentir en los principios éticos y morales de nuestra sociedad.

El jurista argentino Martín Ignacio Alfredo Schwab³⁷⁷, cuya Tesis Doctoral versa sobre el *Derecho Penal hebreo*, recientemente ha manifestado en su obra *Manual de Derecho Penal Hebreo* que «El Derecho hebreo y el Talmud son un tesoro que nuestra civilización, que se dice judeo-cristiana ha olvidado, quizás porque nos deslumbró más una obra monumental como el Derecho Romano. En algún momento, el eje del Cristianismo dejó de ser Jerusalén y pasó a estar en Roma, desde lo espiritual y religioso, pero esto también trajo consecuencias jurídicas: nuestra civilización se empezó a olvidar un poco de nuestras raíces judaicas»³⁷⁸.

En uno de sus ensayos hace referencia a las reflexiones surgidas en la asignatura de *Doctorado de Historia de las Ideas Jurídicas*, respecto a la posible aplicación del concepto corriente de «iusnaturalismo» al Antiguo Testamento. ¿Existe un iusnaturalismo bíblico? Según este autor: «Dios da sus normas jurídicas». En cambio, ni los *nomoi* divinos griegos, ni el *ius natural* romano, poseen ese carácter.

Del estudio de la Torá, observamos como su sentido no está vinculado exclusivamente con un fin teológico de servicio a Dios, sino también como plataforma jurídica para la armonización y compatibilización de las necesidades individuales a la luz de la armonía social. En tal sentido y a modo de ejemplo puede mencionarse la conceptualización del delito penal, no como producto de una conducta delictiva pura, o de una estigmatización de la que es víctima el sujeto punible, sino como producto de la copartici-

³⁷⁷ Martín Ignacio Alfredo Schwab es Doctor en Jurisprudencia por la Universidad de El Salvador, Docente de la Cátedra de Derecho Hebreo, que lleva adelante dicha Universidad junto con el Seminario Rabínico Latinoamericano «M.T. Meyer», y Profesor de Derecho Penal en las Universidades de Buenos Aires y de El Salvador.

³⁷⁸ SCHWAB M., *Manual de Derecho Penal Hebreo*, Argentina, ed. Ediciones Jurídicas, Argentina, 2014.

pación y corresponsabilidad de la sociedad en su aparición y la consecuente redención de la pena de manera pecuniaria.

En cuanto a su contenido, la Mishna fue escrita originariamente en hebreo y se compone de seis órdenes, *shishá sedarím*, los cuales abarcan en su conjunto la totalidad de la vida y relaciones del hombre y de la sociedad.

Los seis órdenes son:

1. Semillas (*Zeraim*): trata de las reglas para el cultivo de la tierra y sus frutos.
2. Festividades (*Moed*): trata de las festividades, el sábado y las normas de observancia.
3. Mujeres (*Nashim*): refiere al matrimonio, divorcio, y leyes de familia.
4. Daños (*Nezikim*): Contiene la normativa referente a los daños perjuicios civiles y penales, como así también los procedimientos judiciales.
5. Cosas sagradas (*Kodashim*): su contenido expone sobre leyes relacionadas con el culto en el templo, etc.
6. Purezas (*Taharot*): en referencia a lo puro y lo impuro en sentido ritualista.

e. El ámbito de aplicación: la restauración del orden social

Este método es aplicable a cualquier conflicto que se suscite en las:

- 1- Relaciones entre los individuos
- 2- Relaciones entre los individuos, sus familias y entidades intermedias.
- 3- Relaciones entre los ciudadanos y sus respectivos Estados
- 4- Relaciones entre los Estados entre sí

En cada situación, en función del entorno y de las circunstancias de las partes implicadas en el conflicto, el proceso restaurativo permitirá resolver el conflicto.

B. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL PROCESO RESTAURATIVO

Desde que surgieron las primeras comunidades humanas, se han estado produciendo conflictos de intereses, bien entre sus miembros, bien entre alguno o algunos de ellos y la propia comunidad. En principio, tales conflictos se resolvieron por la fuerza. Posteriormente, y cuando aparece en tales comunidades la idea de un poder social, se avanza un poco más y la resolución de los conflictos se lleva a cabo mediante la *composición* de los propios interesados, aunque aplicando los mismos las reglas emanadas de aquel poder. Es en un estadio posterior, cuando las comunidades humanas se organizan políticamente, cuando las mismas asumieron no sólo la función de dictar normas para la composición o coordinación de los intereses en conflicto, sino cuando asumieron la función de resolverlos mediante la creación de unos órganos específicos: Los Tribunales y a través de un instrumento adecuado: *El Proceso*.

a. Principios fundamentales que rigen el proceso restaurativo

A la luz de las investigaciones realizadas podríamos decir que existen una serie de principios fundamentales de todo *proceso restaurativo*. Dichos principios están basados en la dignidad de todas las partes afectadas por el hecho criminal, dándose una prioridad máxima a las necesidades humanas de participación y comunicación de sentimientos y necesidades reales.

1. Principio de participación comunitaria.

El principio de participación comunitaria implica la participación en el proceso de todas las partes implicadas y que el proceso se inspire en la cultura de la paz y del diálogo, del consenso y de la cooperación. Es uno de los principios más importante para lograr la armonía y la paz social. Conlleva el empoderamiento de las partes en el conflicto dado que cada una puede expresar sus propios sentimientos al respecto.

El *empoderamiento* es la capacidad de las personas afectadas para usar sus poderes con la finalidad de regular sus conflictos ellos mismos, a través de sus propias capacidades y por medios pacíficos³⁷⁹.

2. Principio de voluntariedad

Parte de la doctrina estima que el principio de voluntariedad es uno de los principios fundamentales del proceso restaurativo, especialmente en relación con la mediación. Este principio implica que en todo momento se ha de contar con el consentimiento expreso de víctima y agresor, existiendo la posibilidad por parte de ambos en cualquier momento de desistir o retirarse del proceso. Quizá sería conveniente plantearse en su día, dado el beneficio que supone para las partes en conflicto y para la sociedad en general, estos procesos restaurativos, que uno de los principios sea la obligatoriedad de los mismos, en aras a la resolución pacífica de los conflictos.

3. Principio de formalidad

Frente a las críticas que sostienen que es un modelo informal, lo cierto es que el *proceso restaurativo* está estructurado en diferentes fases procesales que aseguran la restauración de todas las partes implicadas en el conflicto.

4. Principio de especialización.

El principio de especialización es uno de los más importantes dentro del proceso restaurativo y del nuevo paradigma, puesto que el proceso restaurativo ha de llevarse a cabo por técnicos restaurativos con la adecuada capacitación y experiencia, en beneficio de los usuarios. Quizá por el volumen de trabajo actual existente en la administración de justicia y al ser el proceso restaurativo actualmente complementario respecto al paradigma actual, así como por la especialización deberíamos plantearnos como figura judicial, la de técnicos restaurativos, que deberían ser los encargados de diseñar y llevar a cabo los procesos restaurativos.

³⁷⁹ PARIS ALBERT, S., *La Transformación de los Conflictos desde la Filosofía para la Paz*, Tesis Doctoral, Universidad Jaume I de Castellón, 2005.

Asimismo sería conveniente realizar sesiones formativas a jueces y fiscales que no conozcan la materia, así como incluir formación especializada en Justicia Restaurativa en los planes de formación de la Escuela Judicial y el Centro de Estudios Jurídicos. Asimismo sería conveniente incluir esta formación en colegios y especialmente en las Universidades para que poco a poco la cultura de la paz y de la resolución pacífica de los conflictos sea una realidad y todos juntos podamos ir construyendo poco a poco, aunque parezca utópico, el Reino de la Paz.

5. Principio de economía

Uno de los principios del proceso restaurativo es lo que podríamos denominar de economía por sus ventajas tanto en el orden económico como en el jurídico. El desconocimiento de estos programas puede hacer pensar que son procesos largos y costosos, pero lo cierto es que son dinámicos, descongestionando así la administración de justicia, siendo más satisfactorios para todas las partes implicadas en el conflicto. Quizá lo que realmente es más costoso y largo es el seguimiento de los procesos para ayudar realmente a las partes en conflicto y asegurar que todo se resuelva correctamente.

6. Principio de prevención general y especial de la pena.

El principio de la prevención general y especial de la pena se encuentra relacionado con una de las características más importantes del nuevo paradigma como es la humanidad. El artículo 25 de nuestro Texto Fundamental preceptúa que: «1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento³⁸⁰. **2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social** y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los bene-

³⁸⁰ Art. 1 de la ley de Enjuiciamiento Criminal promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 (LECRIM).

ficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad³⁸¹. 3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad»³⁸².

En el artículo 1 de la *Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria* (.BOE número 239, de 5 de octubre de 1979)³⁸³, dentro del Título Preliminar establece que «Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como **fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad**, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. Igualmente tienen a su cargo **una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados**».

En idéntico sentido vemos como se manifiesta el *Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario* (BOE número 40, de 15 de febrero; rectificación en BOE número 112, de 8 de mayo de 1996). Dentro del Título III *Del Tratamiento*, el **artículo 59** «1. **El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados.** 2. El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general». El principio de libre aceptación del tratamiento y su voluntaria participación, lo encontramos en el **artículo 61** establece que «1. Se fomentará que el interno participe en la **planificación y ejecución de su tratamiento** y colaborará para, en el futuro, ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos. 2. Serán estimulados, en cuanto sea posible, el **interés y la colaboración de los internos en su propio tratamiento**. La satisfacción de sus inter-

³⁸¹ Ver LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y Reglamento Penitenciario aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero.

³⁸² ALONSO OLEA, M., DÍEZ-PICAZO, L., GARCÍA DE ENTERRIA, E., GONZÁLEZ PÉREZ, J., MENÉNDEZ, A., RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Constitución Española de 1978*, Biblioteca de Legislación, Madrid, Civitas S.A., 2ª ed. 1986, pág. 19.

³⁸³ MUERZA ESPARZA, J., *Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras normas procesales*, Colección Códigos Básicos, Navarra, 2003, Aranzadi, pág. 637

eses personales será tenida en cuenta en la medida compatible con las finalidades del mismo»³⁸⁴.

La escuela correccionalista, nacida en Alemania sobre la obra del filósofo y escritor alemán Karl Christian Friedrich Krause (Eisenberg, 6 de mayo de 1781- Múnich, 27 de septiembre de 1832)³⁸⁵ y su discípulo belga Henri Ahrens (1808-1874), es desarrollada por Roëder y difundida en España por los Krausistas. Su fundamento consiste en que siendo el delito la manifestación de una voluntad contraria a Derecho, la pena tiene que procurar que esa voluntad contraria del delincuente se torne en una voluntad que acepte el Derecho, es decir, tiene que promover la corrección interna del reo, no sólo la acomodación de su conducta externa.

El Krausismo³⁸⁶, doctrina que defiende la tolerancia académica y la libertad de cátedra frente al dogmatismo. Esta filosofía tuvo gran difusión en España, alrededor de 1840, donde alcanzó su máximo desarrollo práctico gracias a la obra de su gran divulgador, Julián Sanz del Río, y a la Institución Libre de Enseñanza dirigida por Francisco Giner de los Ríos, además de la contribución de un gran jurista como Federico de Castro.

Uno de los postulados fundamentales es que el Estado por el supremo interés del Derecho, debe proporcionar a todos sus miembros lo necesario para ayudarles en el cumplimiento de su fin racional humano. Debe ayudar a quien es incapaz de gobernarse a sí mismo. Una de las incapacidades más evidentes es la del criminal, que es incapaz de una vida jurídica libre a causa de un defecto de voluntad. Esta anomalía se muestra con el delito. El delincuente es, por esto, un miembro de la sociedad que está necesitado de ayuda.

³⁸⁴ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura*, Parte General, 2ª Edición, 1999, Ed. Colex, pág. 481.

³⁸⁵ Karl Christian Friedrich Krause es principalmente conocido por ser el creador del panenteísmo y por haber contribuido a la formación de una línea ideológica denominada Krausismo que llegó a inspirar la fundación de centros académicos y culturales, así como grupos intelectuales y políticos de gran influencia, sobre todo en los países de lengua española.

³⁸⁶ El krausismo se funda en una conciliación entre el teísmo y el panteísmo, según la cual Dios, sin ser el mundo ni estar fuera de él, lo contiene en sí y de él trasciende. Dicha concepción se denomina Panenteísmo.

En España, **Concepción Arenal**³⁸⁷ es una de las autoras más representativas de la escuela correccionalista. Para esta autora, el delincuente es un incapaz que cedió a la tentación porque fue débil. Esta debilidad constituye una anomalía de su voluntad, de la cual el delito constituye la manifestación externa. La pena es, en esencia, un bien de orden moral para el delincuente. Con obras tan explícitas como *Cartas a los delincuentes*, *Oda a la esclavitud* y la *Cárcel llamada Modelo*, vemos su deseo por ayudar a que la sociedad a la que pertenecía fuera más justa,

En Pedro García Dorado Montero, culmina la tendencia correccionalista española. Sobre postulados correccionalistas y positivistas crea una nueva concepción: el Derecho penal tradicional ha de ser sustituido por un Derecho correccional, protector de los criminales. Mediante él, la justicia penal abandonaría su función retributiva para cumplir una función de patronato, encaminada a la modificación de la voluntad criminal con base en el estudio psicológico de las causas de la delincuencia en cada caso concreto. Se convertirá, por tanto, en una Pedagogía correccional orientada por la Psicología³⁸⁸.

En este sentido, la restauración trabaja sobre las causas que originaron el conflicto, restaurando así la tranquilidad social perturbada por el mismo, reafirmando la moral social y el sentido de la justicia de la comunidad.

³⁸⁷ Concepción Arenal Ponte (El Ferrol, 31 de enero de 1820-Vigo, 4 de febrero de 1893) fue una importante escritora española realista vinculada al pionero movimiento feminista de finales del siglo XIX. Concepción Arenal es, junto a Emilia Pardo Bazán, Carolina Coronado, Rosalía de Castro, Fernán Caballero y Gertrudis Gómez de Avellaneda, la escritora más representativa del esfuerzo de la mujer del siglo XIX por incorporarse a la esfera pública con notable éxito.

³⁸⁸ J. ANTÓN ONECA, La teoría de la pena en los correccionalistas españoles, en Estudios jurídico-sociales, II, Santiago 1960, 1015 ss.; P. DORADO MONTERO, El correccionalismo penal y sus bases doctrinales, en El Derecho protector de los criminales, I, Madrid 1916, 185 ss.; J. ANTÓN ONECA, La utopía penal de Dorado Montero, Salamanca 1951; M. CASAS FERNÁNDEZ, Concepción Arenal: su vida y su obra, Madrid 1936.

En este sentido, en lo referente a las medidas sustitutivas del encarcelamiento, destacar las **Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de Libertad, Reglas de Tokio**, aprobadas por la Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990 de la Asamblea General. Las reglas pretenden humanizar el sistema punitivo del Estado y buscan hacer más efectiva la idea de readaptación social comprendiendo la posibilidad de medidas no privativas de libertad en las distintas etapas de los procedimientos penales:

- «1.1. Las presentes Reglas mínimas contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión.
- 1.2. Las Reglas tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad.
- 1.5. Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente».

Sería conveniente diseñar un régimen de penas no privativas de libertad, como los tratamientos restaurativos, que restauren al delincuente para evitar que vuelva a delinquir, favoreciendo su rehabilitación y disminuyendo así la criminalidad.

b. Los principios básicos de las Naciones Unidas sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal ³⁸⁹

En Agosto del 2002, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta la Recomendación R. (99) 19 del Consejo de Europa, adoptó una Resolución 2002/12 convocando a los Estados Miembros que están implementando programas de justicia restaurativa a hacer uso de un conjunto de *Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal*, en cuyo *Preámbulo* se destaca:

«Recalcando que la justicia restaurativa es una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades»,

«Consciente de que este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa; permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad; y permite a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia».

Dicha Resolución 2002/12 por la importancia que tiene en el nuevo paradigma, se recoge en el Anexo II del presente trabajo de investigación.

La Resolución se estructura en Preámbulo y V Partes. En la Primera Parte que incluye los artículos 1 a 5, se hace referencia a las Definiciones de Programas de Justicia Restaurativa, Proceso Restaurativo, Resultado Restaurativo, Partes y Facilitador.

³⁸⁹ UNODC (Office on Drugs and Crime. United Nations). “Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa”; *Serie de Manuales sobre Justicia Penal*. Ed. United Nations. Nueva York. 2006.

En la Segunda Parte, los artículos 6 a 11 profundizan en la utilización de *Programas de Justicia Restaurativa*, estableciendo:

«6. Los programas de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional.

7. Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente. La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Se llegará a los acuerdos de forma voluntaria y sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas.

8. La víctima y el delincuente normalmente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un proceso restaurativo. La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos judiciales ulteriores.

9. Las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales entre las partes, se deben tener en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso.

10. La seguridad de las partes debe ser tenida en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso.

11. Cuando los procesos restaurativos no sean un recurso apropiado o posible, el caso deberá remitirse a la justicia penal y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la manera de proceder. En esos casos, los funcionarios de justicia penal se esforzarán por alentar al delincuente a que asuma su responsabilidad para con la víctima y las comunidades afectadas, y apoyarán la reintegración de la víctima y del delincuente en la comunidad».

La Tercera Sección, artículos 12 a 19 hace referencia al funcionamiento de dichos programas, estableciendo en el artículo 13:

«13. En los programas de justicia restaurativa, y en particular en los procesos restaurativos, deben aplicarse salvaguardias básicas en materia de procedimiento que garanticen la equidad para con el delincuente y la víctima:

- a) A reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, la víctima y el delincuente deben tener derecho a consultar a un asesor letrado en relación con el proceso restaurativo y, en caso necesario, a servicios de traducción o interpretación. Los menores, además, tendrán derecho a la asistencia de los padres o el tutor;
- b) Antes de dar su acuerdo para participar en procesos restaurativos, las partes deben ser plenamente informadas de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión;
- c) No se debe coaccionar a la víctima ni al delincuente para que participen en procesos restaurativos o acepten resultados restaurativos, ni se los debe inducir a hacerlo por medios desleales».

En la Cuarta Parte, que comprende los artículos 20 a 22 relativa al desarrollo continuo de los Programas de Justicia Restaurativa, se hace mención a que se deben implementar otras garantías importantes como son la confidencialidad del procedimiento y la supervisión judicial.

Por último, en la Quinta Parte, en el artículo 23 se contempla la cláusula de salvaguarda.

C. LOS PROGRAMAS RESTAURATIVOS

a. La definición de programas restaurativos

En la actualidad el nuevo paradigma se está aplicando a través de *programas restaurativos*, con la finalidad de verificar cuál de ellos es el más beneficioso para los ciudadanos y para la sociedad en general. Los *Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de Naciones Unidas de 2002*, en el apartado primero se establece que «1. Por *programa de justicia restaurativa* se entiende todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos»³⁹⁰.

El estudio e investigación de la *epistemología de la justicia restaurativa* y el conocimiento del *método restaurativo* nos permiten diseñar y aplicar diferentes *programas restaurativos* en diferentes áreas de actuación, contribuyendo a que el nuevo paradigma sea poco a poco una realidad, garantizando la sanación del tejido social sano.

b. Clasificación de los programas restaurativos

En cuanto a la clasificación de los programas podemos diferenciar los *programas integrados o intrajudiciales*, que son los programas aplicables a nivel policial, judicial y penitenciario, y los *programas independientes o también denominados extrajudiciales* que hacen referencia a los programas aplicables en el ámbito social y educativo.

1. Programas integrados o intrajudiciales

Los *programas integrados o intrajudiciales* son aquellos programas restaurativos aplicables tanto a nivel policial, como judicial y penitenciario.

³⁹⁰ U.N.O.D.C. (Office on Drugs and Crime United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], «Anexo II. Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Utilización de los Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de las Naciones Unidas de 2002», *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006, pág. 100.

Desde la investigación realizada discrepamos de la corriente doctrinal que circunscribe la justicia restaurativa al ámbito penal y penitenciario, puesto que consideramos que al tratarse de una forma más humana de abordar el proceso, este paradigma es aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales.

Desde el estudio realizado consideramos que la implementación de estos programas restaurativos en los diferentes Protocolos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado es esencial para que el nuevo paradigma sea poco a poco una realidad

Los programas restaurativos debidamente elaborados se deben incluir en diferentes momentos procesales. En la fase de instrucción del proceso, en el mismo proceso a través de figuras como las sentencias en círculo y la conciliación por parte del Ministerio Público, en fase posterior a la sentencia y previa a la ejecución. Una de las posibilidades para la aplicación de este paradigma podría ser la creación de Tribunales Restaurativos competentes para la restauración de los conflictos.

En el ámbito penitenciario su aplicación abarcaría un cambio del sistema penitenciario, del tratamiento penitenciario y de los agentes que intervienen en el Derecho Penitenciario³⁹¹, incluyendo la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género. La justicia restaurativa penitenciaria es mucho más que mediación penal y penitenciaria, es un sistema totalmente integrador del Derecho Penitenciario y de su sistema con beneficios muy importantes para los presos, sus familias, instituciones penitenciarias, víctimas y la sociedad en general. De ahí que algunas propuestas concretas sean la reforma de la Ley Orgánica General Penitencia (L.O.G.P.) para dotar de cobertura de legalidad al régimen disciplinario sancionador, establecido hasta la fecha por vía reglamentaria; la regulación de la limitación temporal del régimen cerrado; el estudio y cambio en la suspensión y sustitución de la penas privativas de libertad; programas restaurativos en el ámbito de la salud mental; encuentros víctima –

³⁹¹ Deseo expresar mi más sincero agradecimiento a José Sesma León, Director del Departamento de Pastoral Penitenciaria por toda la documentación que ha puesto a mi disposición y que me ha permitido reflexionar y comprender la justicia restaurativa intra muros.

delincuente; cambios en la mentalidad de los letrados para defender a las víctimas y la formación como rehabilitación – cultural, profesional, etc.³⁹².

Deberíamos preguntarnos ¿qué lógica y qué ética hacen tan cierto que el castigo tenga prioridad sobre una respuesta pacífica?, el castigo es dolor intencional, por tanto, ¿El reparto de dolor intencional tiene ventajas como instrumento para restaurar los valores quebrados? ¿Tiene este dolor ventajas, y por lo tanto prioridad sobre la reconciliación, la reparación y el perdón?³⁹³.

En relación a considerar la justicia restaurativa como alternativa a la prisión considero que hemos avanzado mucho en cuanto a lograr la rehabilitación y reinserción de los presos pero nos queda todavía camino por recorrer. Con la esperanza de que reflexionemos acerca de la posibilidad real de un cambio en el sistema penitenciario actual, cabe destacar la redacción de un preso, Luca Tarantino de El Rosario (Tenerife), galardonado con el primer premio en el *Concurso de Redacción sobre Alternativas a las penas de prisión* celebrado dentro del VI Congreso Nacional de Pastoral Penitenciaria que se incluye en el Anexo III de esta Tesis Doctoral³⁹⁴.

En relación con los programas intrajudiciales cabe destacar la labor realizada por el Consejo General del Poder Judicial en España y la publicación de la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial* en la que se establecen los diferentes protocolos para facilitar la implementación de la mediación intrajudicial en los diferentes órdenes jurisdiccionales.

³⁹² Revista de Teología y Pastoral de la Caridad. Corintios XIII Iglesia, Colectivos vulnerables y Justicia Restaurativa “Por una pastoral de justicia y caridad”. VIII Congreso Nacional de Pastoral Penitenciaria. Madrid, 10 al 12 de septiembre de 2010. Enero – junio 2011 n.º 137 – 138. Pág.323 Comunicaciones. propuestas ético – legales para avanzar en la justicia restaurativa y humanizar el sistema penitenciario. José Luis Segovia Bernabé. Coordinador del Area Jurídica de Pastoral Penitenciaria. Estas conclusiones pueden consultarse más ampliamente en la web <http://www.larevistilla.org> en la que colabora el área jurídica de la pastoral penitenciaria.

³⁹³ CHRISTIE, N., *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, pág. 120.

³⁹⁴ CORINTIOS XIII, *Revista de Teología y pastoral de la Caridad, Por una pastoral de Justicia y Libertad*, Actas del VI Congreso Nacional de Pastoral Penitenciaria, Madrid. 15 – 17 de septiembre del 2000, N° 97 – 98. Enero – Junio 2001, Ed. Caritas Española, Conferencia Episcopal Española, Comisión Episcopal de Pastoral Social, Departamento de Pastoral Penitenciaria, pp. 633 – 643.

2. Programas independientes o extrajudiciales

Los *programas independientes o extrajudiciales* y su aplicación al ámbito social y educativo es muy importante por la labor de prevención y el desarrollo de los valores y principios que posteriormente regirán el comportamiento de los individuos en la sociedad. Una de las manifestaciones en el ámbito educativo podía ser la creación de Servicios Restaurativos en los Colegios, Institutos y en las Parroquias dada la importancia de estos programas en el ámbito de la infancia y la prevención del maltrato infantil. En el ámbito social podía ser la creación de *Tribunales Vecinales* y *Tribunales Municipales* para la resolución pacífica de los conflictos entre los ciudadanos.

En este sentido, la puesta en marcha desde la Asociación Valenciana de Justicia Restaurativa de un Servicio Restaurativo, nos ha permitido investigar y aplicar determinados programas en beneficio especialmente de las familias.

c. El proceso de remisión

Los *Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal* de Naciones Unidas de 2002, en el apartado II dedicado a la *Utilización de Programas de Justicia Restaurativa*, establece en relación al proceso de remisión que

«6. Los programas de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional.

7. Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente. La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Se llegará a los acuerdos de forma voluntaria y sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas.

8. La víctima y el delincuente normalmente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un proceso restaurativo. La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos judiciales ulteriores.

9. Las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales entre las partes, se deben tener en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso.

10. La seguridad de las partes debe ser tenida en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso.

11. Cuando los procesos restaurativos no sean un recurso apropiado o posible, el caso deberá remitirse a la justicia penal y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la manera de proceder. En esos casos, los funcionarios de justicia penal se esforzarán por alentar al delincuente a que asuma su responsabilidad para con la víctima y las comunidades afectadas, y apoyarán la reintegración de la víctima y del delincuente en la comunidad»³⁹⁵.

En relación al proceso de remisión dado que las parroquias son agente de socialización primaria y entendiendo la parroquia como fuente comunitaria puede realizar una gran labor de remisión de los asuntos³⁹⁶.

d. La dinámica de intervinientes

1. Participantes en el programa restaurativo

En relación a las víctimas, es muy importante proteger los intereses de la víctima y asegurarse que no exista una doble victimización. Esto puede requerir una cantidad considerable de trabajo preparatorio con la víctima antes del encuentro con el delincuente. Esto puede tomar, semanas, meses o años. La preparación es para asegurar que la víctima está emocional y psicológicamente preparada para entablar un diálogo con el delincuente.

³⁹⁵ U.N.O.D.C. (Office on Drugs and Crime United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], «Anexo II. Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Utilización de los Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de las Naciones Unidas de 2002», *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006, pág. 99 y ss.

³⁹⁶ Así, gracias a la colaboración de la Parroquia de Santa Mónica de Valencia se han remitido diferentes asuntos a la Asociación Valenciana de Justicia Restaurativa que han resultado exitosos gracias al proceso restaurativo. Poco a poco, gracias al éxito de las sesiones, la remisión de los asuntos se va realizando por parte de usuarios del programa que estaban satisfechos del mismo ya restaurados y lo han comunicado a familiares y amigos. También han derivado otras asociaciones tanto civiles como canónicas al conocer el trabajo realizado.

Los *Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal* de Naciones Unidas de 2002, establece que «7. Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente. La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Se llegará a los acuerdos de forma voluntaria y sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas»³⁹⁷.

En relación a los delincuentes consideramos que más que el acuerdo alcanzado es el cumplimiento por parte del delincuente lo importante puesto que va a demostrar que ha aceptado la responsabilidad de su conducta y están preparados a responsabilizarse de manera real y práctica.

Es muy importante la participación de los miembros de la comunidad. Por último, como hemos visto en el Capítulo III del presente trabajo de investigación el facilitador o como preferimos denominarlo el Técnico en Justicia Restaurativa cumple una labor muy importante en el desarrollo del proceso restaurativo.

2. Tipos de procesos restaurativos. Se distinguen:

- 1) Diálogo arbitrado entre víctimas, ofensores y otras partes, que se caracteriza porque al menos víctima y ofensor están presentes y los demás pueden o no estar. El facilitador organiza la conversación entre las partes pero al final es decisión del facilitador. Ej: Algunas juntas reparadoras, prácticas tradicionales o de costumbre de grupos nativos.
- 2) Diálogo directo entre víctimas, ofensores y otras partes. Se caracteriza porque al menos víctima y ofensor están presentes y los demás pueden o no estar. El rol del facilitador cambia a orientar a las partes a un acuerdo más directo. Ej: VOM o Conferencia.

³⁹⁷ U.N.O.D.C. (Office on Drugs and Crime United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], «Anexo II. Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Utilización de los Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de las Naciones Unidas de 2002», *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006, pág. 100.

- 3) Diálogo indirecto. La víctima y el ofensor interactúan indirectamente. Ej: algunos programas VOM en Europa; programas que ayudan a la víctima y al ofensor a dialogar en supuestos de violencia severa donde el diálogo no es posible.
- 4) Diálogo facilitado entre víctimas y ofensores. El facilitador crea un ambiente seguro, prepara a las partes y escribe acuerdos. Ej: VOM

e. Los resultados de los programas restaurativos

Los *Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal* de Naciones Unidas de 2002, establece en relación a los resultados de un programa lo siguiente: «3. Por *Resultado Restaurativo* se entiende un acuerdo logrado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente»³⁹⁸.

Según dicha Resolución, un acuerdo puede incluir directrices de comportamientos específicos. La ventaja de incorporar el acuerdo a la decisión judicial es que lo eleva a la categoría de una decisión judicial. «15. Los resultados de los acuerdos dimanantes de Programas de Justicia Restaurativa, cuando proceda, deberán ser supervisados judicialmente o incorporados a decisiones o sentencias judiciales. Cuando así ocurra, los resultados tendrán la misma categoría que cualquier otra decisión o sentencia judicial y deberán excluir la posibilidad de enjuiciamiento por los mismos hechos. 16. Cuando no se llegue a un acuerdo entre las partes, el caso deberá someterse al proceso de justicia penal ordinario y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la forma de proceder. El solo hecho de no haber llegado a un acuerdo no podrá ser invocado en ulteriores procedimientos de justicia penal. 17. El incumplimiento de un acuerdo concertado en el curso

³⁹⁸ U.N.O.D.C. (Office on Drugs and Crime United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], «Anexo II. Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Utilización de los Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de las Naciones Unidas de 2002», *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006, pág. 100.

de un proceso restaurativo deberá remitirse al programa restaurativo o, cuando así lo disponga la legislación nacional, al proceso de justicia penal ordinario, y deberá adoptarse sin demora una decisión sobre la forma de proceder. El incumplimiento de un acuerdo, distinto de una decisión o sentencia judicial, no deberá servir de justificación para imponer una condena más severa en ulteriores procedimientos de justicia penal»³⁹⁹.

f. La evaluación y el monitoreo de los programas restaurativos

El hecho de que a pesar de la existencia de *programas de justicia restaurativa* alrededor del mundo, no se hayan realizado estudios de evaluación hace que «sea difícil determinar la efectividad de las metodologías restaurativas que se han desarrollado y dificulta la discusión sobre las condiciones que apoyan o limitan la efectividad del programa»⁴⁰⁰. La evaluación de los programas permite por lo tanto, verificar realmente si los resultados teóricos de los programas restaurativos se confirman en la práctica⁴⁰¹.

En el *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*⁴⁰² podemos observar en el apartado séptimo relativo a la *Evaluación y monitoreo del programa* en su apartado primero se hace referencia a «La necesidad de monitorización y evaluación del programa», dado que en los *programas restaurativos* se deben implementar mecanismos de monitoreo señalando que «Tanto la información estadística como la cualitativa debe recabarse como parte del proceso de monitoreo. La información estadística que puede recabarse puede incluir:

³⁹⁹ U.N.O.D.C. (Office on Drugs and Crime United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], «Anexo II. Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Utilización de los Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de las Naciones Unidas de 2002», *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006, pág. 101 y 102.

⁴⁰⁰ U.N.O.D.C. (Office on Drugs and Crime United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], «Anexo II. Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Utilización de los Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de las Naciones Unidas de 2002», *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006, pág. 81.

⁴⁰¹ TAMARIT SUMALLA, J.M., *Evaluación del Programa de Mediación Penal de Adultos del Departamento de Justicia*, Ed. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, 2013, pp. 4-8.

⁴⁰² La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (U.N.O.D.C.), elaboró en 2006, el *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa* dentro de la *Serie de Manuales sobre Justicia Penal*. Dicho documento fue preparado por Yvon Dandurand, Decano de Investigación de la Facultad de Fraser Valley, Canadá, Asociado Sénior del Centro para la Reforma de Leyes Penales y Políticas de Justicia Penal y por Curt T. Griffiths, Profesor de la Escuela de Criminología de la Universidad Simon Fraser en Canadá.

- 1- El número y los tipos de casos referidos al programa restaurativo (incluyendo la naturaleza del delito cometido)
- 2- Las fuentes de las remisiones y los criterios de remisión.
- 3- La longitud de tiempo requerido para la preparación del caso.
- 4- El tiempo requerido para llevar a cabo el proceso restaurativo.
- 5- La naturaleza y contenidos del acuerdo.
- 6- El rango de compleción exitosa de los acuerdos resultados.
- 7- El rango y el tipo de segundos delitos entre delincuentes quienes han participado en los procesos restaurativos.
- 8- El número de voluntarios y horas de voluntarios que contribuyeron a los procesos restaurativos así como su formación y experiencia.
- 9- Información sobre costos
- 10- Los atributos (como edad, género, etnicidad) de las víctimas del crimen, delincuentes y residentes comunitarios que participan en procesos restaurativos
- 11- Las percepciones de los participantes y su satisfacción con su experiencia durante el proceso.
La satisfacción de la víctima. Indicadores para evaluar su satisfacción:
 - b) Satisfacción de la manera en que su caso fue manejado
 - c) Satisfacción del resultado de su caso
 - d) Satisfacción en cuanto al facilitador
 - e) Satisfacción de la justicia del proceso
 - f) Satisfacción de las interacciones con el delincuente.
- 12- La reincidencia de los delincuentes
Los datos cualitativos también pueden recabarse durante la observación del proceso restaurativo y entrevistas con las partes y otros participantes en el proceso restaurativo.
- 13- Mejora de la comunidad y de sus familiares
- 14- Fortalecimiento de las víctimas y arrepentimiento delincuente.
- 15- Tratamiento rehabilitador
- 16- Capacidad de la comunidad, capacidad familiar, compromiso comunitario
- 17- Restauración de la causa origen del conflicto.
- 18- Fortalecimiento de la comunidad

- 19- Pide perdón y se siente mejor, más rehabilitado. Toma de decisiones. Cumple acuerdo y compromisos. Arrepentimiento. Pide disculpa a la víctima y es consciente del daño provocado.
- 20- Efectividad del Resultado, asegurar la responsabilidad del delincuente y cumplir con las necesidades de la víctima»⁴⁰³.

Por último, destacar que los *Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal* de Naciones Unidas de 2002 establece en relación a la evaluación y monitoreo de programas, dentro del apartado IV *Desarrollo continuo de los programas de justicia restaurativa* lo siguiente:

«20. Los Estados Miembros deben considerar la posibilidad de formular estrategias y políticas nacionales encaminadas al desarrollo de la justicia restaurativa y a la promoción de una cultura propicia para la utilización de la justicia restaurativa, entre las autoridades policiales, judiciales y sociales y las comunidades locales.

21. Se deben celebrar consultas periódicas entre las autoridades de justicia penal y los administradores de programas de justicia restaurativa para elaborar una concepción común de los procesos y resultados restaurativos y potenciar su eficacia a fin de acrecentar la utilización de programas restaurativos y estudiar medios de incorporar criterios de tipo restaurativo a las prácticas de justicia penal.

22. Los Estados Miembros, en cooperación con la sociedad civil cuando proceda, deberán promover la investigación sobre los programas de justicia restaurativa y su evaluación para determinar en qué medida producen resultados restaurativos, sirven de complemento o alternativa al proceso de justicia penal, y arrojan resultados positivos para todas las partes. Los procesos de justicia restaurativa pueden requerir cambios concretos con el paso del tiempo. Por consiguiente, los Estados Miembros deben alentar la evaluación y modificación periódicas de esos programas. Los resultados de las investigaciones y evaluaciones deberán orientar la ulterior elaboración de políticas y programas»⁴⁰⁴.

⁴⁰³ UNODC (Office on Drugs and Crime. United Nations), *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006, Anexo II, pág. 82.

⁴⁰⁴ UNODC (Office on Drugs and Crime. United Nations), *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006, Anexo II, pág. 102.

Esquema n.º 7: Diferencias entre el modelo punitivo y el restaurativo



Esquema n.º 8: Tipos y grados de prácticas de justicia restaurativa



D. PROPUESTA CONCRETA DE PROGRAMA RESTAURATIVO

En primer lugar, cabe destacar algunas cuestiones de interés en relación con el programa. Así, el experto, especialista o técnico restaurativo es el profesional que interviene con la técnica del proceso de restauración en la búsqueda de soluciones al conflicto. Los restauradores o técnicos en justicia restaurativa, son los profesionales que debidamente formados en dicho paradigma intervienen en el proceso de restauración, cuyas características y funciones serán las siguientes:

1. Ser honesto, imparcial, flexible y guardar la confidencialidad del proceso de justicia restaurativa;
2. Cumplir con responsabilidad las fases del proceso;
3. Informar claramente a las partes sobre el proceso de justicia restaurativa así como de las reglas para llevar a cabo las reuniones conjuntas;
4. Auxiliar a las partes en la elaboración del acuerdo;
5. Rendir los informes que le sean solicitados;
6. Atender preferentemente los daños causados por los delitos más que en las normas;
7. Mostrar equidad y compromiso con las víctimas y con los inculpados, involucrándolos responsablemente en el proceso;
8. Tratar de lograr la reparación del daño en las víctimas, otorgándoles autoridad y respondiendo a sus necesidades;
9. Apoyar a los ofensores en la aceptación y cumplimiento de sus obligaciones;
10. Alentar la colaboración y reintegración, más que la coacción y el aislamiento;
11. Propiciar las condiciones óptimas para el diálogo directo o indirecto, entre víctimas y ofensor, según sea el caso;
12. Respetar en todo momento a todas y cada una de las partes que intervienen en el proceso.

En cuanto al proceso restaurativo, éste se regirá bajo los siguientes principios centrales:

1. Encuentro de las partes.- se utiliza el modelo de encuentro cara a cara en el que participan la(s) víctima(s), ofensor(es) y la comunidad afectada.
2. Participación.- se hace hincapié en la participación directa de las partes (víctimas y ofensores): de quienes están involucrados indirectamente, de las denominadas “víctimas secundarias” (familiares y amigos), de los integrantes de la comunidad (maestro, trabajadores sociales) y de las comunidades religiosas y judiciales (policías, abogados), reconociendo igual dignidad a cada uno.
3. Reparación.- se hace mayor énfasis en la rendición de cuentas y responsabilidad de los (las) ofensores y la importancia de la restitución/reparación para las víctimas y la reparación puede ser económica o proporcionando servicios en especie, restituyendo o reemplazando algún bien o de cualquier otra forma solicitada por la víctima y acordadas entre las partes en el curso de un encuentro.
4. Reintegración.- tanto la víctima como el (la) ofensor (a) deben reintegrarse a la comunidad, los ofensores necesitan hacerlo en una comunidad ante la cual enfrentan la vergüenza de ser culpables. Las víctimas también necesitan reintegrarse a la comunidad ya que en ocasiones enfrentan la estigmatización de parte de familiares, amigos y de la opinión pública que generalmente la culpa por lo sucedido.
5. La transformación, puesto que el crimen no es simplemente la violación a la norma penal cometida contra una persona y las relaciones, también ofrece la oportunidad de transformar a personas y relaciones, lo cual puede llevar a que la comunidad incremente un sentido de solidaridad a interdependencia.

Es un procedimiento basado en la filosofía de la paz, de carácter transdisciplinar, el cual el imputado, la víctima y la comunidad trabajan en la solución de cuestiones derivadas del delito, en busca de un acuerdo que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y permita la reintegración de la víctima y el infractor a la comunidad. El proceso restaurativo es aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales siendo sus beneficios más evidentes en el orden jurisdiccional penal, Así cualquier delito y falta que se encuentre tipificado en nuestro Código Penal, es susceptible de *Restauración*, ya que este proceso opera a nivel del ser, siendo especialmente beneficioso en los juicios de faltas.

En cuanto a las *fases del proceso restaurativo* una propuesta concreta de programa restaurativo puede ser la que señala a continuación:

a) Fase preliminar

La *fase preliminar* está constituida por las *sesiones informativas* a cada una de las partes intervinientes en el conflicto para proceder a continuación a celebrar las reuniones restaurativas. En dicha fase se procede a firmar un consentimiento informado sobre la sesión para explicarles en qué consiste el proceso restaurativo y los beneficios que tiene para ellos.

b) Fase restaurativa: reuniones restaurativas

En el día y hora señalados se procederá a realizar las *reuniones restaurativas* con cada una de las partes, y con aquellos que se considere necesario en el conflicto y acto seguido, tendrá lugar la *audiencia restaurativa*, dirigida más que a lograr el acuerdo entre las partes, a la sanación y a la restauración del conflicto originado y a la elaboración del tratamiento restaurativo.

El *encuentro restaurativo* con el denunciante es la etapa del proceso restaurativo en la que el técnico o especialista se reúne con la víctima para informarle acerca de este proceso. Asimismo, se procederá a que la víctima reconozca el daño, exprese las emociones negativas y sane las heridas mediante el proceso del perdón y el amor al prójimo recuperando así la paz interior. Es un proceso que conduce a la víctima a la restauración, así como a la participación en la restauración del denunciado.

El *técnico restaurativo* debidamente formado y respetando cualquier religión, llevará a cabo el proceso del perdón, sanando la causa origen del conflicto.

La *sesión restaurativa* con el denunciado es la etapa del proceso restaurativo en la que el técnico se reúne con el ofensor para informarle acerca de este proceso. Asimismo, se procederá seguidamente a que acepte las consecuencias de sus actos, a evitar su conducta actual.

La atención que se le proporcione al ofensor durante el proceso será amable, cordial, imparcial y de respeto a la actitud que asuma en el desarrollo que requiera al proceso, sin que exista coerción o presión alguna. De hecho, si la parte acusada propone acuerdos o pide o los acepta, explícitamente se está responsabilizando de sus actos, asumiendo los errores cometidos, y finalmente, compensando y restaurando a la víctima. Y la víctima siente que se le ha escuchado, entendido, y puede cerrar con mayor facilidad este suceso que le ha afectado en su vida cotidiana.

Es la etapa en la que si procede hay una reunión con la comunidad para facilitar la comunicación entre las partes con el fin de que se restaure el conflicto originado y se proceda a la elaboración del tratamiento restaurativo.

El técnico restaurativo, junto con las partes y los miembros de la comunidad que hayan participado en el proceso, redactará un *acta de restauración*, en la que se hará constar el tratamiento restaurativo que se considera más idóneo a la vista de los hechos cometidos.

c) Fase de conclusiones: resolución restaurativa

En ocasiones en las resoluciones judiciales que ponen fin a los conflictos solo se da un fin aparente y las divergencias entre los litigantes siguen su espiral. De ahí que el proceso restaurativo al profundizar en la causa del conflicto sea beneficioso para las partes y para la sociedad en general.

La restauración se concreta por las partes en un acta que contiene los acuerdos a los que llegaron las partes y en un informe del técnico haciendo referencia al tratamiento restaurativo (que incluye la formación y seguimiento)

El acta, que incluirá los datos de las partes, y los acuerdos a los que llegan, así como las reuniones realizadas, deberán estar firmadas por las partes.

Una de las propuestas al respecto, sería en el marco de los proyectos piloto, elaborar Sentencias Restaurativas, de conformidad con lo establecido en el Art. 973 de la LECRIM y el Art. 248.3 de la LOPJ a los efectos de elevar informe al órgano correspondiente.

d. Fase de ejecución: tratamiento restaurativo

Se denomina *tratamiento restaurativo* al conjunto de acuerdos y penas restaurativas aplicadas a cada uno de los procesos restaurativos, que tiene como finalidad el crecimiento personal de las partes implicadas, la mejora de sus capacidades y habilidades sociales y la superación de los factores conductuales.

El tratamiento restaurativo, si finalmente se produce, tendrá una serie de características:

- ♦ Debe beneficiar a las personas participantes,
- ♦ Tiene que ser de posible ejecución, Debe respetar el daño causado.
- ♦ Debe ser proporcional.
- ♦ No debe tener contenido punitivo,

La Restauración incluye actos de:

- ♦ **Restauración Integral:** tiene como objetivo conocer el grado de cumplimiento de éstos, así como la posibilidad de readaptar los acuerdos, por distintos motivos, siempre en los plazos establecidos.
- ♦ **Restauración Material:** consiste en la devolución de la cosa sustraída o la obligación de dar una cantidad económica.

Pueden consistir en trabajos en beneficio de la comunidad, presentación de disculpas a la víctima, en el que se reconocen los hechos, con petición de perdón, asunción de responsabilidades sobre el daño cometido. Así tanto víctima como infractor, y tras todo el proceso de mediación, logran restaurar el equilibrio emocional roto por la infracción.

e. Fase de seguimiento

El *seguimiento del tratamiento restaurativo* tiene como objetivo la restauración de la causa del conflicto y la sanación de la relación entre las partes, así como nos permite conocer el grado de cumplimiento de los acuerdos adoptados por las partes. Esta fase de formación y seguimiento se llevará a cabo por el equipo técnico. El *técnico restaurativo* además de realizar diversas llamadas de control a las partes, con una periodicidad determinada, podrá citarles para realizar debidamente el seguimiento y asegurarse de la buena marcha de la restauración.

E. ANÁLISIS DEL MODELO RESTAURATIVO

a. Un derecho penal más eficaz

Una de las críticas más fuertes hacia este nuevo modelo de justicia es que algunos consideran que puede significar el fin del derecho penal como actividad punitiva radicada exclusivamente en el Estado. Frente a esta crítica, manifestar que se trata de disponer de un derecho penal más eficiente y de ayudar realmente tanto a víctimas como a los agresores.

Respecto al funcionamiento del derecho penal considero que deberíamos reflexionar al respecto teniendo en cuenta que el ser humano no responde al castigo. La vía es educarlo moralmente para que no vuelva a delinquir y valorizar su condición de ser humano.

Defendemos la tesis de que en los centros penitenciarios se instauren programas basados en la valorización humana, el amor, la confianza y la disciplina, que ofrece a las personas privadas de libertad las condiciones necesarias para recuperarse, logrando así proteger a la sociedad y promover la justicia.

Muchos de los criminales son vistos como criminales irrecuperables y obviamente no como personas respetables en su dignidad como imagen y semejanza de Dios. La falta de conocimiento del amor de Dios con los hombres es lo que provoca la ambición, la voluntad de tener, el inmediatez y la adopción de conductas que lo llevan fatalmente a la vida del crimen.

La conducta delictiva es el resultado de que un individuo no tiene la moral bien formada y es incapaz de dar y recibir amor debido a un cúmulo de circunstancias. Mediante la valorización humana se ayuda al ser humano a tomar conciencia de su dignidad humana innata y a ejercitar y desarrollar todas sus capacidades, a comprender y vivir el hecho de que es un ser único y talentoso por haber sido creado por Dios.

Se trata de reflejar la comprensión teológica de que somos seres espirituales, que compartimos la conciencia de la humanidad con respecto a Dios. El hombre que anda sin Dios no ve ningún sentido a la vida. El privado de libertad debe sentir la necesidad de conocer a Dios. La libertad de asistir a los servicios espirituales, de acuerdo a su denominación religiosa.

Actualmente cuando resolvemos el conflicto en los Tribunales no se solucionan en profundidad. El positivismo imperante, la carga de trabajo, el juzgar los hechos, hace que no se profundice en la causa del conflicto, a pesar de la enorme profesionalidad de nuestros jueces. Ello hace que el conflicto se resuelva de forma aparente y no de forma definitiva. Este nuevo modelo permite resolver el conflicto de manera permanente, profunda y por ello produce una sanación de las partes del conflicto y de su entorno. Actualmente si el conflicto no se aborda desde la raíz, tarde o temprano volverá a emerger. Así pues, con el nuevo paradigma el conflicto se disuelve y reina la paz. En ocasiones se considera que a través del juicio el problema se ha resuelto pero vemos como las partes no han sanado y el conflicto sigue latente.

La víctima necesita ser escuchada realmente más que interrogada, necesita que el agresor se disculpe y necesita saber que no volverá a ocurrir. El agresor necesita ser escuchado pero sobretodo valorado como ser humano más que castigado, necesita ser consciente de sus actos y de la trascendencia que han tenido éstos para no volver a delinquir. Entre las partes más que interrogatorio por unos hechos concretos que han vulnerado los preceptos de nuestro Código Penal, se necesita diálogo, consenso y una nueva forma de abordar los conflictos más humana con un compromiso futuro de actuación con la ayuda de los operadores jurídicos. Teniendo en cuenta estos parámetros y aplicándolos al caso concreto de inmediato se observan los resultados, la víctima se siente más segura y mejor, el delincuente se arrepiente y toma conciencia de sus actos.

b. Un derecho que influye en la conciencia de las partes

Frente a la hipótesis teórica más frecuente planteada por juristas, alegando que este modelo de justicia, permite al delincuente una *salida fácil* del sistema, y que es un método que no condena, considerando que el castigo más severo es indispensable para conseguir los objetivos de disuasión y prevención general⁴⁰⁵ alegar que es precisamente todo lo contrario, puesto que a través del diálogo más se llega al fondo del asunto hasta el punto de lograr un reconocimiento de los hechos por parte del agresor, siendo este método más serio que la justicia retributiva. El método restaurativo es más fuerte que el actual porque de forma más rápida va dirigido a la esencia del conflicto de una forma más humana y sobretodo es más duro porque afecta a la conciencia de los agresores de un modo más claro, hasta el punto de arrepentirse sinceramente del daño producido y a adquirir un comportamiento acorde con el ordenamiento jurídico.

Los beneficios para la víctima son evidentes puesto que el agresor ha reconocido los hechos y se ha arrepentido sinceramente y para los agresores igualmente observamos los beneficios al comprender el daño que han producido y ser conscientes de que tienen que obran de diferente modo en el futuro.

Los delincuentes ven en los programas restaurativos un indicativo rehabilitador más que la sanción penal, quizá porque si perciben una preocupación real en el que gestiona el conflicto se sientan valorizados como seres humanos, restaurados en su dignidad, comprendidos, es decir, muchos delincuentes necesitan que alguien les comprenda y no sentirse castigados y empieza así una transformación personal en ellos que les lleva a no delinquir, a actuar de otra manera, a sentirse útiles y valorados en la sociedad y a comprender que hay otros modos de actuar que no están basados en la violencia y la agresividad.

⁴⁰⁵GORDILLO SANTANA, L. F., *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*. Ed. Iusted. Madrid 2007

c. Eliminación de los sentimientos de venganza de la víctima

Otro de los argumentos más utilizados por los detractores de este tipo de justicia es que afirman que la mediación no satisface los deseos últimos de venganza de la víctima. Frente a esto, es bueno recordar que generalmente las víctimas no buscan venganza es más, esos sentimientos negativos por muy legítimos que puedan ser, dañan en primer lugar a las víctimas mientras que si independientemente del proceso perdonan a los agresores por duro que sea el delito producido son las víctimas las primeras en sanarse internamente. Somos conscientes de que esta tarea en ocasiones no es fácil, es más resulta terriblemente dura, pero perdonar a tu agresor es algo que tarde o temprano hay que hacer para sanar interiormente. La mayoría de las víctimas más que venganza, lo que buscan es una explicación frente a la impotencia que sienten, frente a lo heridas que se sienten, frente a un sufrimiento y dolor que en ocasiones devienen insoportables, un reconocimiento de los hechos y sobretodo y a ser posible un arrepentimiento de los hechos y reparación del daño causado junto con el deseo de que esa conducta no se vuelva a repetir en el futuro.

Lo más complejo en este proceso es transformar el odio, el rencor, la venganza que sienten algunas personas en sentimientos positivos, el hacerles comprender que con esos sentimientos negativos se están haciendo daño a sí mismas. Resolver estas situaciones con empatía y por el camino positivo y no generando más odio y rencor hacia la otra parte es la vía adecuada para la resolución de conflictos. En ocasiones, a través del diálogo entre ambas partes, la víctima entiende al agresor y los motivos que le han llevado a realizar esta conducta aunque obviamente no los comparte. Y es ahí cuando empieza el proceso de transformación. Se trata de que comprendan la situación. El agresor poco a poco en el diálogo va reconociendo su culpa, arrepintiéndose de lo sucedido y si el arrepentimiento es sincero la víctima se da cuenta y es ahí cuando se va transformando la relación de ambos en sentido positivo. Mediante la comprensión de la situación se evita el dolor y el sufrimiento de las partes. La solución para la transformación del conflicto es el amor a sí mismo y especialmente el amor al prójimo.

d. Viabilidad en el caso de delitos graves

Uno de los argumentos en contra de la aplicación de la *justicia restaurativa* es el relativo a que no es una alternativa viable en el caso de castigo de delitos graves. Frente a esto, cabe destacar que los resultados obtenidos, especialmente en Canadá, en EEUU por Umbreit y en Bélgica por Aertsen⁴⁰⁶ evidencian lo contrario. Al respecto, quizá deberíamos hacernos la pregunta, como muy bien señala Gordillo Santana, de si el hecho de defender la aplicación de la justicia retributiva y no la restaurativa obedece más a convicciones morales o éticas que a la real efectividad de la misma. ¿Por qué se admite la mediación como válida en las negociaciones entre la guerrilla y el Gobierno colombiano, con las muertes que lleva la historia que representa este conflicto y no se admite en un homicidio por un particular?⁴⁰⁷

Por tanto, **la justicia restaurativa por su propia esencia es aplicable a delitos graves**. Cabe en este punto una matización, y es que cuando estamos diciendo que es aplicable a delitos graves no nos referimos a la institución de la mediación sino a otras prácticas restaurativas más complejas.

d. Viabilidad en los delitos de violencia de género

Una cuestión de alto interés dialéctico y científico es la cuestión de si la *justicia restaurativa es aplicable o no a los delitos de violencia de género, argumentándose por la mayoría de la doctrina que no es aplicable*. En cuanto a ello, no en el plano teórico sino en el práctico y no como una hipótesis sino como una realidad, afirmamos y constatamos claramente que dada su eficacia **es en el ámbito en el que más debería aplicarse la justicia restaurativa**, precisamente por los lazos de unión de las partes implicadas que facilitan la labor de restauración, si bien reconocemos que es una cuestión delicada, pero si se realiza eficazmente los resultados como hemos podido comprobar a la luz de los asuntos atendidos son espectaculares.

⁴⁰⁶ AERTSEN, I., *Victim pólces and criminal justice on the road to restorative*, en honor a Peters T., Leuven University Press, 2001 para mayor profundización en este tema.

⁴⁰⁷ GORDILLO SANTANA, L.F., *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*, Madrid, Ed. Iusted, 2007.

SEGUNDA PARTE

JUSTICIA RESTAURATIVA

APLICADA

CAPÍTULO VI
**MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL
DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA**

Del estudio e investigación de la legislación internacional se desprende que el marco jurídico internacional del nuevo *paradigma restaurativo*, lo conforman tanto los instrumentos internacionales que forman parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (D.I.D.H.) como los pertenecientes al Derecho Internacional Humanitario (D.I.H.), y más específicamente, los instrumentos internacionales que expresamente hacen referencia a la justicia restaurativa.

**A. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y
DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**

a. Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Dentro del marco jurídico internacional de la justicia restaurativa, cabe destacar en primer lugar, los instrumentos internacionales que conforman el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, instrumentos sobre derechos humanos de la Organización de Naciones Unidas (O.N.U.), que son legalmente vinculantes para los Estados que son parte de los mismos, y que se complementan con Protocolos Facultativos en algunos casos. Los Estados parte están obligados bajo las leyes internacionales sobre derechos humanos a respetar, proteger y cumplir con sus disposiciones, y a informar las formas en que la legislación, políticas y la práctica nacional reflejan dichas leyes.

Además de los Tratados y también dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, existen otro tipo de instrumentos de la Organización de Naciones Unidas para proteger los derechos humanos, como son las Declaraciones, Recomendaciones, Conjuntos de Principios, Códigos de conducta y Directrices.

1. La Carta de las Naciones Unidas

Las grandes preocupaciones en el mundo tras el final de la segunda guerra mundial, con las gravísimas consecuencias por todos conocidas, llevaron a un punto de inflexión en la conciencia de las naciones. El fruto se materializó en la firma de la *Carta de las Naciones Unidas*, en San Francisco, el 26 de junio de 1945, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, entrando en vigor el 24 de octubre del mismo año, de conformidad con el artículo 110, siendo parte integrante de la Carta, el *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. La Carta de las Naciones Unidas formuló el principio de la promoción y protección internacional de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, siendo encargados los trabajos preparatorios a la Presidenta de la Comisión de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Eleanor Roosevelt (1884-1962), viuda del presidente norteamericano.

En el *Preámbulo* de la Carta de las Naciones Unidas podemos observar como «se afirma implícitamente que la violación de los derechos humanos es una de las causas de las guerras: un mundo en paz tendría que ser también un mundo respetuoso de los derechos»⁴⁰⁸ puesto que se establece: «Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad [...]»⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ CONTRERAS F., RAMIS R., CARPINTERO F., BELLVER V., GALLEGU E., *El Sentido de la Libertad. Historia y vigencia de la idea de Ley Natural*, Barcelona, Ed. Stella Maris, 2014, pág. 228.

⁴⁰⁹ Publicada en el *B.O.E.* de noviembre de 1990 (corrección de errores en *B.O.E.* de 28 de noviembre).

La Carta de las Naciones Unidas en el *Capítulo Primero* relativo a los *Propósitos y Principios*, en concreto en el artículo 1.1. hace referencia a que uno de sus propósitos es «Mantener la paz y seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar las amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión y otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz; [...]», estableciendo en el artículo 1.3 como propósito «[...]Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos [...]» y como uno de sus principios, en el artículo 2.3 de la Carta de Naciones Unidas dentro del mismo capítulo, que «Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por *medios pacíficos* de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia»⁴¹⁰.

En el *Capítulo Cuarto* dedicado a la *Asamblea General*, el artículo 13 inciso 1.b) establece que «La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: [...]; b) fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los *derechos humanos y las libertades fundamentales de todos*, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión». Asimismo, el artículo 14 establece que «Salvo lo dispuesto en el artículo 12, la Asamblea General podrá recomendar medidas para el *arreglo pacífico de cualesquiera situaciones*, sea cual fuere su origen [...]»⁴¹¹.

⁴¹⁰ MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, INSTITUTO DE LA MUJER (Coord. DURÁN Y LALAGUNA, P., VENTURA FRANCH, A.,) (Colaboradores BERNARD MONFERRER, E., BURGOS GINER, M^a A., COLLADO MATUTANO, L., GARCÍA CAMPÁ, S., GARCÍA GUMBAU, E., GARRIGUES GIMÉNEZ, A., SENENT VIDAL, M^a J., SEVILLA MERINO, J., SOLER VILAR, A.,) *Legislación Internacional, Europea, Constitucional y Administrativa en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Madrid, Ed. Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, (Serie Documentos), número 37, 2004, pág. 22.

⁴¹¹ *Ibidem*, pág. 26.

En el *Capítulo Noveno* relativo a la *Cooperación Internacional Económica y Social*, el artículo 55 establece que «Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las *relaciones pacíficas y amistosas* entre las naciones [...] la Organización promoverá: c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, [...], y la efectividad de tales derechos y libertades» y el artículo 62 incisos 1) y 2) de la Carta de las Naciones Unidas, dentro del Capítulo X *El Consejo Económico y Social*, establece: «1. El Consejo Económico y Social podrá hacer o iniciar estudios e informes con respecto a asuntos internacionales de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario, y otros asuntos conexos, y hacer recomendaciones sobre tales asuntos a la Asamblea General, a los Miembros de las Naciones Unidas y a los organismos especializados integrados. 2. El Consejo Económico y Social podrá hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los *derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades*»⁴¹².

2. La Declaración Universal de Derechos Humanos

Tres años después de la firma de la *Carta de las Naciones Unidas*, el 10 de diciembre de 1948, y fruto de un intenso trabajo, propiciado por las circunstancias y los desastres a que la guerra había llevado a los pueblos europeos del siglo XX, se aprobó la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en París, mediante Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948 (D.U.D.H)⁴¹³, con el respaldo de la inmensa mayoría de los 58 países que entonces configuraban este organismo internacional, estableciendo así a nivel internacional la noción de los derechos humanos, que se aproximan a los derechos naturales por cuanto se fundamentan en el reconocimiento de la dignidad del ser humano.

⁴¹² Ibídem, pág. 28.

⁴¹³ Aunque dicha Declaración no forma parte de la Ley internacional vinculante, su aceptación por parte de todos los países del mundo implica un amplio reconocimiento y supone una adherencia al principio fundamental de que todos los seres humanos deben ser tratados con igualdad, y es preciso respetar los derechos que poseen de manera inherente, entendiendo que tienen el carácter de derecho positivo y por tanto, que son obligatorias para todos los Estados.

Los debates revelaron la imposibilidad de un consenso acerca del fundamento de los derechos: se optó, pues, por la simple enumeración de los mismos, sin que la Declaración abordase la ardua cuestión de *por qué* los hombres tienen derechos. En la elaboración de los *drafts* tuvieron un papel destacado el francés René Cassin, superviviente del holocausto, el libanés cristiano (de formación tomista) Charles Malik, el confuciano chino Peng-chun Chang, el canadiense John Humphrey y el chileno Hernán Santa Cruz⁴¹⁴.

Esta Declaración representa la expresión escrita de las bases en que se fundamenta el Derecho de las naciones, las leyes de la humanidad y los dictados de la conciencia pública adaptados al espíritu del tercer milenio. Todo esto supone un progreso de la humanidad y, en tal sentido, la Declaración se ha convertido en un referente universal de justicia. A pesar de eludir la fundamentación de los derechos cabe destacar que «la elección misma del verbo **declarar** conlleva la adopción implícita de una perspectiva iusnaturalista (se declaran derechos preexistentes). Por otra parte, el texto reconoce el nexo entre el respeto de los derechos humanos y la paz internacional (que justificaba la *injerencia* de una organización como las Naciones Unidas-creada en principio como mecanismo de seguridad internacional- en el tema de los derechos)»⁴¹⁵.

Así pues, considerando que el fundamento de la *justicia restaurativa* es el derecho natural y los derechos humanos, podemos observar la gran convergencia entre la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la antropología y ética cristianas, a pesar de que la Declaración prescinde de toda referencia a Dios.

En el *Preámbulo*, el *Primer Considerando* contempla el término *justicia* proclamando que «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; [...]». El artículo 1 afirma que «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros».

⁴¹⁴ CONTRERAS F., RAMIS R., CARPINTERO F., BELLVER V., GALLEGO E., *El sentido de la libertad*...op. cit., pág. 229.

⁴¹⁵ *Ibíd.*, pág. 270.

En el artículo 5 se afirma que «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes» y en el artículo 8 que «Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley», señalando el artículo 16 que «3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado»⁴¹⁶.

En la Carta Encíclica, *Pacem in Terris, sobre la paz en todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad*, Su Santidad Juan XXIII, hace referencia a que **la justicia es el fundamento de una paz auténtica** y propone un nuevo orden de justicia y paz, de verdad y solidaridad entendiendo el espíritu de la ley humana a la luz de la ley de Dios. La Carta Encíclica *Pacem in Terris*, se refiere a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al referirse a *La Organización de las Naciones Unidas* estableciendo en el apartado 142 que « [...] Sin embargo, el objetivo fundamental que se confió a la Organización de las Naciones Unidas es asegurar y consolidar la paz internacional, favorecer y desarrollar las relaciones de amistad entre los pueblos, basadas en los principios de igualdad, mutuo respeto y múltiple colaboración en todos los sectores de la actividad humana». En el apartado 143 la mencionada Encíclica afirma que el «Argumento decisivo de la misión de la ONU es la Declaración universal de los derechos del hombre, que la Asamblea general ratificó el 10 de diciembre de 1948 [...]»⁴¹⁷.

En el apartado 144 la Carta Encíclica afirma que «No se nos oculta que ciertos capítulos de esta Declaración han suscitado algunas objeciones fundadas. Juzgamos, sin embargo, que esta Declaración debe considerarse un primer paso introductorio para el establecimiento de una constitución jurídica y política de todos los pueblos del mundo. En dicha Declaración se reconoce solemnemente a todos los hombres sin excepción **la dignidad de la persona humana y se afirman todos los derechos que todo hombre tiene a buscar libremente la verdad, respetar las normas morales, cumplir los deberes de la justicia**, observar una vida decorosa y otros derechos íntimamente vincula-

⁴¹⁶ NACIONES UNIDAS, *Recopilación de instrumentos internacionales*, Nueva York y Ginebra, Ed. Naciones Unidas, 2002, pág. 1 y ss.

⁴¹⁷ Carta Encíclica, Su Santidad Juan XXIII, *Pacem in Terris, sobre la paz en todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad*, pág. 21.

dos con éstos»⁴¹⁸. «145. Deseamos, pues, vehementemente que la Organización de las Naciones Unidas pueda ir acomodando cada vez mejor sus estructuras y medios a la amplitud y nobleza de sus objetivos. ¡Ojalá llegue pronto el tiempo en que esta Organización pueda garantizar con eficacia los derechos del hombre!, **derechos que, por brotar inmediatamente de la dignidad de la persona humana, son universales, inviolables e inmutables.** Tanto más cuanto que hoy los hombres, por participar cada vez más activamente en los asuntos públicos de sus respectivas naciones, siguen con creciente interés la vida de los demás pueblos y tienen una conciencia cada día más honda de pertenecer como miembros vivos a la gran comunidad mundial»⁴¹⁹.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que Su Santidad Juan Pablo II, califica como *uno de los documentos más preciosos y significativos de la historia del derecho*⁴²⁰, constituye un todo integrado, reconociendo la dignidad de toda persona y la familia como núcleo fundamental e insustituible capaz de generar una sociedad en la que reine la paz.

Su Santidad Juan Pablo II, en el Mensaje para la celebración de la Jornada Mundial de la Paz en 1999, *El Secreto de la Paz verdadera reside en el respeto de los derechos humanos*, manifiesta: «**2. La dignidad de la persona humana es un valor trascendente, reconocido siempre como tal por cuantos buscan sinceramente la verdad.** En realidad, la historia entera de la humanidad se debe interpretar a la luz de esta convicción. Toda persona, creada a imagen y semejanza de Dios (cf. Gn 1, 26-28), y por tanto radicalmente orientada a su Creador, está en relación constante con los que tienen su misma dignidad. Por eso, allí donde los derechos y deberes se corresponden y refuerzan mutuamente, la promoción del bien del individuo se armoniza con el servicio al bien común»⁴²¹.

⁴¹⁸ Carta Encíclica, Su Santidad Juan XXIII, *Pacem in Terris*.....op.cit., pág. 21

⁴¹⁹ Carta Encíclica, Su Santidad Juan XXIII, *Pacem in Terris*.....op.cit., pág. 22.

⁴²⁰ Su Santidad Juan Pablo II, Mensaje a Su Excelencia el Sr. Didier Operti Badán, Presidente de la quincuagésima tercera sesión de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

⁴²¹ Mensaje para la celebración de la Jornada Mundial de la Paz de Su Santidad Juan Pablo II *El Secreto de la Paz verdadera reside en el respeto de los derechos humanos.*

La Declaración tiene como premisa básica **la afirmación de que el reconocimiento de la dignidad innata de todos los miembros de la familia humana, así como la igualdad e inalienabilidad de sus derechos, es el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz en el mundo.**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, podemos afirmar que *reconoce los derechos que proclama, no los otorga*, ya que son inherentes a la persona y a su dignidad. A partir de la Declaración, se reconoce que todos los derechos humanos son inalienables, universales, indivisibles, están mutuamente relacionados y son interdependientes.

3. Los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos

A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se han aprobado con carácter vinculante, diferentes instrumentos internacionales sobre derechos humanos, por parte de Naciones Unidas, que conforman el sistema universal de protección de los derechos humanos, denominado *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*⁴²². Principalmente lo conforman las siguientes Convenciones, constituyendo las tres primeras la *Carta Internacional de los Derechos Humanos (C.I.D.H.)*⁴²³:

- 1- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (D.U.D.H.)⁴²⁴, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948 en París, mediante la Resolución 217 A (III), anteriormente mencionada.
- 2- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (P.I.D.C.P.)⁴²⁵, (ratificado por 168 países);

⁴²² Los textos de estos Tratados se encuentran disponibles en la página web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en www.ohchr.org, junto con información actualizada acerca de los países que han firmado y ratificado los mismos.

⁴²³ La Carta Internacional de los Derechos Humanos agrupa los instrumentos que contemplan los derechos humanos en su globalidad: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los Protocolos Facultativos a estos dos pactos.

⁴²⁴ Proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en París, mediante Resolución 217 a (III) el 10 de diciembre de 1948. Ver artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978.

⁴²⁵ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor: 23 de marzo de

- Primer Considerando hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Instrumento de Ratificación de España de 13 de abril de 1977⁴²⁶.
 - Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 2008, mediante la Resolución 2200 A (XXI) Entró en vigor, el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 9.
 - Segundo Protocolo Facultativo, destinado a abolir la pena de muerte, adoptado el 15 de diciembre de 1989 Resolución A/RES/44/1281 Entró en vigor el 11 de julio de 1991 de conformidad con el artículo 8.
- 3- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 (P.I.D.E.S.C)⁴²⁷, (ratificado por 162 países) Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante la Resolución 2200 A (XXI) el 16 de diciembre de 1966. El Pacto entró en vigor, el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.
- Instrumento de Ratificación de España de 13 de abril de 1977. El termino justicia se recoge en el primer considerando del Pacto⁴²⁸.
 - Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 2008, mediante la Resolución A/RES/63/117. Entró en vigor, el 5 de mayo de 2013, de conformidad con el artículo 18.

1976, de conformidad con el artículo 49. Ratificado por Instrumento de 13 de abril de 1977 (B.O.E. de 30 de abril de 1977); entró en vigor el 27 de julio de 1977, conforme al artículo 49.2.

⁴²⁶ Los Estados Partes en el presente Pacto «Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la **justicia** y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables».

⁴²⁷ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. Ratificado por Instrumento de 13 de abril de 1977 (B.O.E. de 30 de abril de 1977); entró en vigor el 27 de julio de 1977, conforme al artículo 27.2.

⁴²⁸ Los Estados Partes en el presente Pacto, «Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, **la justicia** y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables».

Estos Dos Pactos constituyen acuerdos vinculantes, aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas, en 1966, desarrollan la Declaración Universal, plasman en obligaciones jurídicas los derechos que en ella se establece y establecen órganos para vigilar el cumplimiento por los Estados Parte.

Los Protocolos Facultativos, establecen procedimientos voluntarios a adoptar por parte de los Estados, en relación al Tratado Principal o bien desarrollan determinados aspectos del mismo. Tienen el status de tratados internacionales y están abiertos a la firma y ratificación de los Estados Parte del Tratado Principal.

Además de la *Carta Internacional de los Derechos Humanos*, cabe destacar como Instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos de la O.N.U. los siguientes:

- 4- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1969 (ratificada por 173 países).
- 5- Convención de 18 de diciembre de 1979, de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (C.E.D.A.W.)⁴²⁹, (ratificada por 186 países) y Protocolo Facultativo de 6 de octubre de 1999, de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁴³⁰.
- 6- Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y las Penas o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984 (ratificada por 146 países) y Protocolo Facultativo de 2002.

⁴²⁹ Adoptada, abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 34/1980, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27. Ratificada por Instrumento de 16 de diciembre de 1983 (B.O.E. de 12 de marzo de 1984), depositado por España ante la Secretaría General de las Naciones Unidas el 5 de enero de 1984, con la siguiente reserva «La ratificación de la Convención por España no afectará a las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona española». En vigor el 4 de febrero de 1984, conforme al artículo 27 de la misma.

⁴³⁰ Adoptado por la Asamblea General en su Resolución A/54/4, de 6 de octubre de 1979. Dicho Protocolo Opcional fue firmado por 23 países en la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1999. El 15 de junio del 2000 fu firmado por 42 países y ratificado por cinco. Entró en vigor el 22 de diciembre de 2000 y ha sido ratificado por España por Instrumento de 6 de julio de 2001, entrando en vigor el 6 de octubre de 2001 (B.O.E. de 9 de agosto de 2001).

- 7- Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño (C.D.N.) (ratificada por 193 países)⁴³¹; Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados de 2000; Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2000.
- 8- Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990, (ratificada por 42 países).
- 9- Convención Internacional sobre la protección de los derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, (ratificada por 71 países); Protocolo Facultativo 2006.
- 10- Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006, (ratificada por 16 países).

Además de los Tratados, como instrumentos jurídicos vinculantes anteriormente señalados, los Derechos Humanos también se protegen por medio de otro tipo de instrumentos de la O.N.U., como son las **Declaraciones, Recomendaciones, Conjuntos de Principios, Códigos de conducta y Directrices**⁴³².

- 1- Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de 1955.
- 2- Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley de 1979.
- 3- Salvaguardias para Garantizar la Protección de los Derechos de los Condenados a la Pena de Muerte de 1984.
- 4- Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura de 1985.
- 5- Reglas mínimas para la Administración de la Justicia de Menores de 1985 *Reglas de Beijing*.
- 6- Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a cualquier Forma de Detención o Prisión de 1988.
- 7- Principios relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias de 1989.

⁴³¹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

⁴³² Los textos de los siguientes instrumentos se encuentran disponibles en la página web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en www.ohchr.org.

- 8- Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil de 1990 *Directrices de Riad*.
- 9- Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad de 1990.
- 10- Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley de 1990.
- 11- Principios Básicos sobre la Función de los Abogados de 1990.
- 12- Principios Básicos sobre la Función de los Fiscales de 1990.
- 13- Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de 1991.
- 14- Declaración de 20 de diciembre de 1993, sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer⁴³³

b. Derecho Internacional Humanitario

Por otra parte, también regulado por el Derecho Internacional, pero con similitudes y diferencias respecto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos nos encontramos con el *Derecho Internacional Humanitario*. Cabe destacar que cada uno de los sistemas se ha desarrollado a través de estructuras jurídicas separadas, dentro de ámbitos de validez y aplicación claramente distinguibles y con esquemas propios relativos tanto a sus controles internacionales como a sus implementaciones internas.

Entre ambos sistemas, se aprecia una convergencia en los intereses y objetivos perseguidos en cuanto a asegurar la protección debida de todos los individuos en toda circunstancia. Esta convergencia, en los hechos, ha provocado reiteraciones normativas que aparecen reflejadas en el contenido específico de normas de uno y otro derecho. Esta reiteración de contenidos permite cumplir con los objetivos perseguidos desde distintos esquemas de implementación impuestos por el Derecho Internacional Humanitario y por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

⁴³³ Resolución de la Asamblea General 48/104, de 20 de diciembre de 1993.

El D.I.D.H. y el D.I.H. se aplican durante situaciones fácticas distintas. Los Derechos Humanos son exigibles en tiempo de paz, es decir que las normas del D.I.D.H. son plenamente operativas en circunstancias normales dentro de un esquema institucionalizado de poderes en el que el estado de derecho es la regla. El D.I.H. en esencia podemos decir que es un derecho de excepción, se aplica durante conflictos armados tanto de carácter interno como de carácter internacional.

Si bien estas orientaciones presuponen la utilización de criterios y estrategias diferentes relativas a futuras implementaciones del D.I.H. y del D.I.D.H., en la actualidad se percibe el surgimiento de una filosofía común a ambos sistemas tendiente a consolidar sus valores intrínsecos relativos a la protección debida a toda persona en cualquier circunstancia. Una creciente interdependencia en las temáticas comunes del D.I.H. y de los derechos humanos ha logrado instalar en la comunidad internacional una cierta expectativa sobre la necesidad y conveniencia de eventuales aplicaciones complementarias, de momento dentro de sus respectivos ámbitos de convergencia normativa y fáctica.

En cuanto a los Instrumentos Internacionales del Derecho Internacional Humanitario destacan:

1. Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I)⁴³⁴.
2. Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II).
3. Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III).
4. Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra (Convenio IV).

⁴³⁴ Convenios I, II, III y IV, aprobados el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.

5. Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)⁴³⁵.
6. Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)⁴³⁶.
7. Declaración de 14 de diciembre de 1974, sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o conflicto armado⁴³⁷.

⁴³⁵ Aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados. Entrada en vigor: 7 de diciembre de 1978, de acuerdo con el artículo 95.

⁴³⁶ Aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados. Entrada en vigor: 7 de diciembre de 1978, de acuerdo con el artículo 95.

⁴³⁷ Proclamada por la Asamblea General en su Resolución 3318 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974.

B. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE NACIONES UNIDAS SOBRE JUSTICIA RESTAURATIVA

Dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, podríamos decir que hay documentos que reconocen expresa o tácitamente la justicia restaurativa, y que por tanto, han contribuido a la aparición del *paradigma restaurativo*, conformando junto con los instrumentos internacionales anteriormente mencionados, el marco jurídico internacional del *Derecho Restaurativo*. Dada su importancia dentro del presente trabajo de investigación pasamos a analizarlos brevemente:

a. Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por la que se aprueba La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder

En virtud de la Resolución 415 (V) de la Asamblea General, de 1 de diciembre de 1950, se traspasaron a las Naciones Unidas las funciones de la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria (C.I.P.P.), un organismo internacional establecido para promover el intercambio de opiniones entre expertos sobre las políticas relativas a la prevención del delito y el tratamiento de delincuentes.

Después del traspaso de funciones, las Naciones Unidas continuaron la práctica de la C.I.P.P. de celebrar Congresos Internacionales. Desde 1955 se vienen celebrando cada 5 años Congresos de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, que reúnen a expertos de los Estados invitados, los organismos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales y otras personas calificadas de todo el mundo para examinar y formular las políticas internacionales relativas a la prevención y el control del delito.

La Resolución 415 (V) aprobó un plan, preparado por el Secretario General en consulta con la C.I.P.P., que disponía no solo sobre la celebración de Congresos quinquenales, sino también sobre la creación de un Comité Asesor Especial de Expertos, de carácter internacional, para asesorar en la preparación y formulación de programas de estudio de carácter internacional y de principios generales para la acción internacional

en cuestiones relativas a la prevención del delito y al tratamiento de los delincuentes. El Comité Asesor Especial de Expertos pasó luego a denominarse **Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia**⁴³⁸.

En el 4º período de sesiones del Comité, celebrado del 21 de junio al 2 de julio de 1976, varios miembros hicieron hincapié en la importancia de centrarse en los abusos del poder económico y político que había victimizado a un gran número de personas. El Comité, aprobó provisionalmente la inclusión del tema propuesto *Delincuencia dorada: delitos y delincuentes fuera del alcance de la ley* en el programa del 6º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, y se reservó el derecho de revisar el título exacto del tema⁴³⁹.

En su 5º período de sesiones, celebrado del 5 al 16 junio de 1978, el Comité aprobó la **inclusión del tema titulado *Delito y abuso de poder: delitos y delincuentes fuera del alcance de la ley*** en el programa provisional del 6º Congreso⁴⁴⁰.

La inclusión de ese tema en el programa provisional fue confirmada posteriormente por el Consejo Económico y Social en su decisión 1980/106, de 6 de febrero de 1980. El 6º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente se celebró en Caracas, del 25 de agosto al 5 de septiembre de 1980. El 6º Congreso aprobó una resolución en la que recomendó medidas para prevenir, enjuiciar y controlar los abusos del poder económico y político; en particular, se recomendó que las Naciones Unidas continuaran sus trabajos en el ámbito de la elaboración de directrices y normas en la materia⁴⁴¹.

En su 6º período de sesiones, que se celebró del 8 al 12 de septiembre de 1980, el Comité sugirió que los temas del programa del 7º Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente se refirieran a las resoluciones y recomendaciones del 6º Congreso y que se examinaran cuestiones a las que hasta entonces no se había prestado

⁴³⁸ Resolución 1584 (L) del Consejo Económico y Social, de 21 de mayo de 1971.

⁴³⁹ Informe del Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia sobre su 4º período de sesiones, E/C.N. 5/536.

⁴⁴⁰ Informe del Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia sobre su 5º período de sesiones, E/C.N. 5/558.

⁴⁴¹ Informe del Sexto Congreso, Resolución 7, A/CONF..87/14/Rev..1.

atención suficiente, tales como la indemnización de las víctimas, especialmente de las víctimas del abuso de poder⁴⁴².

En su 7º período de sesiones, celebrado del 15 al 24 de marzo de 1982, el Comité examinó los posibles temas del programa del 7º Congreso.⁴⁴³ En una nota preparada por la Secretaría de las Naciones Unidas, que se presentó al Comité para su examen en su séptimo período de sesiones, se propuso que en el programa se incluyera el tema titulado *Víctimas y victimarios: abuso de poder, justicia y reparación*. El Comité decidió que el 7º Congreso debería concentrarse en los medios para proporcionar una **reparación efectiva a las víctimas tanto de delitos de abuso del poder como de delitos tradicionales**.

El Comité aprobó un proyecto de resolución, en su forma oralmente enmendada, en que recomendó al Consejo Económico y Social (ECOSOC), por conducto de la Comisión de Desarrollo Social (CDS), que incluyera el tema “Víctimas del delito” en el programa provisional del Séptimo Congreso. El Consejo, en su decisión 1982/29, de 4 de mayo de 1982, aprobó posteriormente la inclusión de este tema en el programa provisional. En el período anterior a la celebración del Séptimo Congreso, se celebraron cinco reuniones preparatorias regionales para examinar y elaborar los temas del programa provisional. Esas reuniones preparatorias regionales se celebraron en Sofía, del 6 al 10 junio de 1983; Bangkok, del 4 al 8 de julio de 1983; San José, del 10 al 14 de octubre de 1983; Addis Abeba, del 28 de noviembre al 2 de diciembre de 1983; y Bagdad, del 12 al 16 de diciembre de 1983 (Informes de las Reuniones Preparatorias Regionales).

El Secretario General preparó tres informes sobre los abusos del poder para el **7º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente** que se celebró en Milán (Italia), del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985. Asistieron al 7º Congreso 125 Estados participantes, así como diversas delegaciones de observadores de los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales y las organizaciones no gubernamentales.

⁴⁴² Informe del Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia sobre su 6º período de sesiones, E/1980/112.

⁴⁴³ Informe del Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia sobre su 7º período de sesiones, E/C N. 5/1983/2.

Al Comité II, un subcomité del Séptimo Congreso, se le encargó que examinara el tema del programa titulado *Víctimas del delito*, de conformidad con la resolución 1984/45 del Consejo Económico y Social. El Comité II examinó diversos informes presentados por la Secretaría al 7º Congreso en relación con ese tema del programa. Dos de esos informes contenían los proyectos de texto de una declaración. El primer texto era el proyecto refundido y revisado de la *Declaración sobre la justicia y la asistencia a las víctimas de delitos u otros actos que implican abusos del poder*, que figuraba en la adición al informe de la Reunión de Expertos celebrada en Ottawa. El segundo texto era un anexo de un documento de trabajo sobre las víctimas del delito, preparado por la Secretaría, titulado *Principios fundamentales de la justicia y la asistencia para las víctimas del delito*. Diecinueve Estados patrocinadores presentaron al Comité II el texto de un proyecto de resolución al que introducía el texto de un proyecto de declaración. Ese proyecto de resolución incorporaba y refundía diversas propuestas y proyectos de resolución que se habían presentado durante las deliberaciones del Comité II. El 5 de septiembre de 1985, el Comité II aprobó ese proyecto de resolución, en su forma oralmente enmendada, que se titulaba *Proyecto de Declaración sobre los principios fundamentales de la justicia: A. En relación con las víctimas del delito y B. En relación con las víctimas del abuso del poder*, y recomendó al 7º Congreso que lo aprobara.

El 7º Congreso, en su sesión plenaria del 6 de septiembre de 1985, decidió recomendar que la Asamblea General aprobara los proyectos de resolución y de declaración⁴⁴⁴.

En su cuadragésimo período de sesiones, celebrado en 1985, la Asamblea General decidió asignar a la Tercera Comisión el examen del informe del Séptimo Congreso, incluidos los proyectos de resolución recomendados por el Séptimo Congreso. El 11 de noviembre de 1985, la Tercera Comisión aprobó sin votación el proyecto de resolución titulado *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia: a) en relación con las víctimas del delito y b) en relación con las víctimas del abuso de poder*. La Tercera Comisión presentó a la Asamblea General para su aprobación el proyecto de resolución con el título revisado de *Declaración sobre los principios fundamentales de*

⁴⁴⁴ Informe del Séptimo Congreso, A/C.O.N.F..121/22/Rev.1.

*justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*⁴⁴⁵. La Asamblea General aprobó la Resolución 40/34, sin votación, el 29 de noviembre de 1985.

Del articulado de la Declaración se desprende que es uno de los antecedentes de lo que conocemos como *justicia restaurativa*, al contemplar diferentes figuras de restauración hacia la víctima. Así pues, según la Declaración: «1. Se entenderá por *víctimas* las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. 5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos».

«7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas».

«8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos».

«9. Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales».

⁴⁴⁵ Informe de la Tercera Comisión, A/40/881.

b. Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General de Naciones Unidas, por la que se aprueba las Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de Libertad, Reglas de Tokio⁴⁴⁶

En lo referente a las medidas sustitutivas del encarcelamiento tienen particular importancia las Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de Libertad, «Reglas de Tokio», aprobadas por la Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990 de la Asamblea General.

Estas Reglas fueron debatidas por primera vez, en el Séptimo Congreso sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, y aprobadas posteriormente por la Asamblea General.

En dichas Reglas es un factor esencial, fomentar la participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, como pone de manifiesto el apartado 1.2: «Las Reglas tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad».

Asimismo, se insta a los Estados a que apliquen las mencionadas Reglas conforme establece el apartado 1.4: «Al aplicar las Reglas, los Estados Miembros se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito».

Uno de los objetivos primordiales de estas Reglas es reducir la aplicación de la pena de prisión conforme preceptúa el apartado 1.5 puesto que el encarcelamiento se debe considerar el último recurso: «Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos huma-

⁴⁴⁶ El texto figura en el Anexo del presente trabajo de investigación.

nos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente».

En cuanto a su aplicación el apartado 2.2 dispone: «Las Reglas se aplicarán sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición».

En el apartado 8 se hace referencia al régimen de imposiciones de sanciones:

«8.1 La autoridad judicial, que tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad, al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda.

8.2 Las autoridades competentes podrán tomar las medidas siguientes:

- a) Sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia;
- b) Libertad condicional;
- c) Penas privativas de derechos o inhabilitaciones;
- d) Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días;
- e) Incautación o confiscación;
- f) Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización;
- g) Suspensión de la sentencia o condena diferida;
- h) Régimen de prueba y vigilancia judicial;
- i) Imposición de servicios a la comunidad;
- j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado;
- k) Arresto domiciliario;
- l) Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión;
- m) Alguna combinación de las sanciones precedentes».

En la práctica del todo el mundo parece que es natural recurrir al encarcelamiento, como forma natural de castigo, a pesar de que hay pocas pruebas de que su mayor utilización mejore la seguridad pública. Actualmente, tenemos más de 9 millones de personas encarceladas, y ese número va en aumento.

La realidad es que el creciente número de personas encarceladas conduce a graves problemas de hacinamiento, por tanto, en ocasiones puede que las condiciones de vida en prisión violen los derechos humanos. El hecho de recluir a los infractores no contribuye a su rehabilitación ni a reducir la criminalidad.

Las reglas pretenden humanizar el sistema punitivo del Estado y buscan hacer más efectiva la idea de readaptación social comprendiendo la posibilidad de medidas no privativas de libertad en las distintas etapas de los procedimientos penales.

Los Estados miembros deberían tener en cuenta las “Reglas de Tokio”, e investigar medidas alternativas al encarcelamiento para lograr la paz social.

Sería conveniente diseñar un régimen de penas no privativas de libertad, como los tratamientos restaurativos, que restauren al delincuente para evitar que vuelva a delinquir, favoreciendo su rehabilitación y disminuyendo así la criminalidad.

Es necesario, un cambio de visión cultural respecto al delincuente y su tratamiento, y sobre los derechos humanos que le son inherentes a pesar de haber delinquido y un cambio en los juristas especialmente en el momento de dictar sentencia.

Es esencial que la realidad política social y cultural de los Estados miembros apuesten por estas Reglas, por la dignidad humana y por los derechos naturales más que humanos para que podemos diseñar un derecho penal más humano y construir la paz social.

c. El Proyecto de Convenio de las Naciones Unidas, de 14 de noviembre de 2006, sobre Justicia y Apoyo a las Víctimas del Delito y Abuso del Poder

En el Preámbulo se habla de un progreso parcial en la obtención de reparación por parte de los infractores, en una participación más relevante en el proceso penal para las víctimas y en la puesta en marcha de instituciones permanentes y de legislación que promuevan el uso de medidas de prevención de la victimización efectivas y contrastadas. En el preámbulo también se reconoce que se están utilizando de forma creciente procesos restaurativos en beneficio de las víctimas, incluyendo costumbres indígenas o consuetudinarias.

En el artículo 4 se establece el compromiso para reducir la victimización desarrollando marcos institucionales que mejoren la planificación, la eficiencia económica y la sostenibilidad de las estrategias. Dentro de ellos debe considerarse una mayor participación pública y la cooperación internacional para intercambiar prácticas efectivas promotoras. Según el artículo 5, los Estados deben proporcionar a las víctimas el acceso a la justicia, incluyendo mecanismos informales de resolución de disputas, así como permitir a las víctimas que presenten sus puntos de vista y preocupaciones.

Los Estados han de incluir en la asistencia a las víctimas, a medio y largo plazo, la información y apoyo relativos a la posibilidad de participar en foros de justicia alternativa, de conformidad con el artículo 8. Deben procurar, cuando resulte apropiado, establecer o ampliar los sistemas de justicia restaurativa que busquen satisfacer los intereses de las víctimas como prioridad. Los estados deben enfatizar la necesidad de que el infractor acepte su responsabilidad y reconozca las consecuencias del delito. Los estados se asegurarán de que las víctimas tienen la oportunidad de elegir o no foros de justicia restaurativa, según la legislación estatal. Si deciden elegirlos, deben respetarse la dignidad y los derechos de las víctimas descritos en el proyecto de Convenio, según establece el artículo 9⁴⁴⁷.

⁴⁴⁷ Llama la atención que no se mencionen en ningún momento los derechos de los infractores, como en otras normas internacionales.

En el artículo 12 se hace referencia a que se pide una adecuada formación para las personas que trabajan con las víctimas para mejorar los métodos y actitudes y evitar la victimización secundaria. El artículo 13 establece que los Estados deben evaluar periódicamente su legislación, normativa y procedimientos, incluyendo investigaciones. Un futuro Comité podría recomendar la realización de evaluaciones comparadas en la esfera de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 16.

d. La Declaración de Kadoma de 1997, sobre el Servicio a la Comunidad y las Recomendaciones del Seminario denominado Justicia penal: el problema del hacinamiento en las cárceles

En la Declaración de Kadoma sobre el Servicio a la Comunidad y las Recomendaciones del Seminario denominado Justicia penal: el problema del hacinamiento en las cárceles, celebrado en San José de Costa Rica del 3 al 7 de febrero de 1997 se establece: «1. La imposición de penas de prisión debe limitarse estrictamente a una medida de última instancia. Las cárceles constituyen un desperdicio de recursos escasos y potencial humano, la mayoría de los reclusos que las ocupan no plantean ninguna amenaza real a la sociedad. 2. El hacinamiento de nuestras cárceles exige medidas positivas mediante, entre otras cosas, la introducción del servicio a la comunidad. 3. El servicio a la comunidad se ajusta a las tradiciones africanas de ocuparse de los delincuentes y de reparar los daños causados por la delincuencia en el seno de la comunidad. Además, es una medida positiva y rentable a la que debe darse preferencia, siempre que sea posible, antes que a una pena de prisión. 4. El servicio a la comunidad debe implantarse y supervisarse en la práctica e ir acompañado de un programa de trabajo en que se exija al delincuente la realización de cierto número de horas de trabajo voluntario en beneficio de la comunidad en su propio tiempo. 5. Se invita a los gobiernos, a los donantes y a las organizaciones de la sociedad civil a que apoyen investigaciones, planes experimentales y otras iniciativas en este importante ámbito».

e. Los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de 2002

En el año 1999, El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, dicta la Resolución **1999/26**, titulada *Elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia restitutiva en materia de justicia penal*, la cual en lo que interesa, referente a la Justicia Restaurativa, expuso: «2. Subraya que un medio importante de resolver las controversias y los delitos leves puede ser, en casos apropiados, la adopción de medidas de mediación y justicia restitutiva, especialmente aquellas que, bajo la supervisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente, faciliten el encuentro del delincuente y la víctima, la indemnización por los daños sufridos o la prestación de servicios a la comunidad».

En el año 2000, El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, dicta la Resolución **2000/11**, titulada *Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI* la cual en lo que interesa, referente a la Justicia Restaurativa, expuso: «27. Decidimos establecer, cuando proceda, planes de acción nacionales, regionales e internacionales en apoyo a las víctimas que incluyan mecanismos de mediación y justicia restitutiva y fijamos 2002 como plazo para que los Estados revisen sus prácticas pertinentes, amplíen sus servicios de apoyo a las víctimas y sus campañas de sensibilización sobre los derechos de las víctimas y consideren la posibilidad de crear fondos para las víctimas, además de formular y ejecutar políticas de protección de testigos. 28. Alentamos la elaboración de políticas, procedimientos y programas de justicia restitutiva que respeten los derechos, necesidades e intereses de las víctimas, los delincuentes, las comunidades y demás partes interesadas».

En Agosto del 2002, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta la Recomendación N° R. (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre *la mediación en asuntos penales*⁴⁴⁸, adoptó la Resolución 2002/12 convocando a los Estados Miembros que se encuentran implementando programas de justicia restaurativa a hacer uso de *Los Principios Básicos*

⁴⁴⁸ Adoptada por el Comité de Ministros el 15 de septiembre de 1999, durante la 679ª reunión de los Delegados de los Ministros.

sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de Naciones Unidas de 2002, en cuyo *Preámbulo* se destaca: «Consciente de que este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa; permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad: y permite a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia»⁴⁴⁹.

En el apartado I se definen algunos términos:

- «1. Por *programa de justicia restaurativa* se entiende todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos.
2. Por *proceso restaurativo* se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas.
3. Por *resultado restaurativo* se entiende un acuerdo logrado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente.
4. Por *partes* se entiende la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito que participen en un proceso restaurativo.
5. Por *facilitador* se entiende una persona cuya función es facilitar, de manera justa e imparcial, la participación de las partes en un proceso restaurativo».

⁴⁴⁹ U.N.O.D.C. (Office on Drugs and Crime. United Nations), [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], «Anexo II. Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Utilización de los Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de las Naciones Unidas de 2002», *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006, pág. 99 y ss.

En cuanto a la utilización de programas de justicia restaurativa, destaca:

«6. Los programas de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional.

7. Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente. La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Se llegará a los acuerdos de forma voluntaria y sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas».

En relación a la investigación destaca:

«22. Los Estados Miembros, en cooperación con la sociedad civil cuando proceda, deberán promover la investigación sobre los programas de justicia restaurativa y su evaluación para determinar en qué medida producen resultados restaurativos, sirven de complemento o alternativa al proceso de justicia penal, y arrojan resultados positivos para todas las partes. Los procesos de justicia restaurativa pueden requerir cambios concretos con el paso del tiempo. Por consiguiente, los Estados Miembros deben alentar la evaluación y modificación periódicas de esos programas. Los resultados de las investigaciones y evaluaciones deberán orientar la ulterior elaboración de políticas y programas».

f. El Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (U.N.O.D.C.), elaboró en 2006, el *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa* dentro de la *Serie de Manuales sobre Justicia Penal*⁴⁵⁰. Dicho documento fue preparado por Yvon Dandurand⁴⁵¹, Decano de Investigación de la Facultad de Fraser Valley, Canadá, Asociado Sénior del Centro para la Reforma de Leyes Penales y Políticas de Justicia Penal y por Curt T. Griffiths⁴⁵², Profesor de la Escuela de Criminología de la Universidad Simon Fraser en Canadá⁴⁵³.

El manual ofrece desde el punto de vista penal, una visión general de consideraciones clave para la implementación de respuestas participativas al delito basadas en una metodología de justicia restaurativa. Se destaca el papel de la comunidad, del voluntariado y de las ONG.

⁴⁵⁰ U.N.O.D.C. (Office on Drugs and Crime. United Nations). *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*; Nueva York, Ed. United Nations, 2006.

⁴⁵¹ Yvon Dandurand, es criminólogo de la Universidad de Fraser Valley, Abbotsford, en Columbia Británica (Canadá), donde actualmente es Vice-presidente adjunto de Estudios de Investigación. Yvon Dandurand es uno de los consultores principales del Centro Internacional para la Reforma del Derecho Penal y la Política Criminal de Justicia, Instituto de investigación con sede en Vancouver afiliado al Programa de Prevención del Delito y Justicia Criminal de las Naciones Unidas. Yvon Dandurand ha estado involucrado en varios proyectos de las Naciones Unidas para facilitar la implementación de la Convención de la ONU contra el Crimen Organizado Transnacional, así como del Protocolo de la ONU en Tráfico de Personas especialmente mujeres y niños, y los 12 instrumentos globales contra el terrorismo. También participó en las iniciativas de creación de instituciones en las sociedades post-conflicto y sirvió como consultor senior de la Regla de las Naciones Unidas del Proyecto de Indicadores, Ley desarrollado para el Departamento de Operaciones de Paz de las Naciones Unidas y la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU. Su larga trayectoria en la docencia, la investigación y el desarrollo de políticas en los ámbitos de la prevención del delito y la justicia penal le ha llevado a especializarse en la investigación comparada. Su investigación consistente en varios proyectos de reforma de la Ley de evaluación y desarrollo de capacidades de justicia penal en Asia, África, América Latina y el Caribe, abarca un amplio espectro de temas de justicia penal (delincuencia organizada, trata de personas, corrupción) y es autor y co-autor de numerosas publicaciones sobre diversos aspectos de la reforma de la justicia penal.

⁴⁵² Curt Taylor Griffiths, es Profesor y Director del Centro de Estudios de Policía en la Escuela de Criminología de la Universidad Simón Fraser en Vancouver. Completó su doctorado en el Departamento de Sociología de la Universidad de Montana.

⁴⁵³ El Manual fue revisado en una Junta de Expertos llevada a cabo en la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en Viena, el 30 y 31 de enero de 2006, con la participación en dicha Junta de Ivo Aertsen, Hazem Aly, Elias Carranza, Borbala Fellegi, Kittipong Kittayarak, Paul McCold, Chino Obiagwu, Christa Pelikan, Ann Skelton, Adam Stapleton, Pavel Stern, Daniel Van Ness y Martín Wright.

En 2005, la Declaración del Decimoprimer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Trato de Delincuentes, instó a los Estados Miembros a reconocer la importancia de desarrollar aún más políticas, procedimientos y programas de justicia restaurativa que incluyen alternativas a los procesos judiciales.

«El Manual contiene 7 Secciones. La primera revisa los principales conceptos, los valores y los objetivos de la justicia restaurativa y participativa. La segunda habla sobre el uso de los programas restaurativos. La tercera se enfoca en la cuestión del marco normativo para tales programas. Las secciones restantes tratan varios aspectos de la implementación de un programa restaurativo exitoso. Tratan respectivamente el diseño y la implementación del programa, la operación del programa y la movilización de bienes comunitarios, así como asuntos y descubrimientos relacionados con la evaluación del programa. El énfasis está en la presentación de la información y en la remisión de ejemplos útiles para el desarrollo de nuevos programas en una variedad de contextos culturales, sociales y legales».

C. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE LA SANTA SEDE SOBRE JUSTICIA RESTAURATIVA

Considerando que la Santa Sede es sujeto de Derecho Internacional, dentro del marco jurídico internacional de la justicia restaurativa cabe destacar los instrumentos internacionales emanados de la Santa Sede, especialmente las Cartas Encíclicas, cuya sabiduría nos permite comprender mejor este nuevo paradigma restaurativo.

a. La Carta Encíclica de Su Santidad Juan XXIII, *Pacem in Terris, sobre la paz en todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad.*

En La Carta Encíclica, Su Santidad Juan XXIII, *sobre la paz en todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad* hace referencia a que la justicia es el fundamento de una paz auténtica y propone un nuevo orden de justicia y paz, de verdad y solidaridad entendiendo el espíritu de la ley humana a la luz de la ley de Dios. Dentro del apartado *El Orden en la Humanidad* establece en el apartado 4 que «Resulta, sin embargo, sorprendente el contraste que con este orden maravilloso del universo ofrece el desorden que reina entre los individuos y entre los pueblos. Parece como si las relaciones que entre ellos existen no pudieran regirse más que por la fuerza». Y, en el apartado 5 «Sin embargo, en lo más íntimo del ser humano, el Creador ha impreso un orden que la conciencia humana descubre y manda observar estrictamente. Los hombres muestran que los preceptos de la ley están escritos en sus corazones, siendo testigo su conciencia. Por otra parte, ¿cómo podría ser de otro modo? Todas las obras de Dios son, en efecto, reflejo de su infinita sabiduría, y reflejo tanto más luminoso cuanto mayor es el grado absoluto de perfección de que gozan».

Asimismo señala en la Carta Encíclica: «112. Por lo cual la justicia, la recta razón y el sentido de la dignidad humana exigen urgentemente que cese ya la carrera de armamentos; que, de un lado y de otro, las naciones que los poseen los reduzcan simultáneamente; que se prohíban las armas atómicas; que, por último, todos los pueblos, en virtud de un acuerdo, lleguen a un desarme simultáneo, controlado por mutuas y eficaces garantías. No se debe permitir -advertía nuestro predecesor, de feliz memoria, Pío

XII- que la tragedia de una guerra mundial, con sus ruinas económicas y sociales y sus aberraciones y perturbaciones morales, caiga por tercera vez sobre la humanidad».

El *Paradigma Restaurativo* o *Paradigma de la Justicia Restaurativa*, se caracteriza por ser un paradigma pacífico puesto que su finalidad es conseguir la paz individual y social. Hemos de tener en cuenta que como señala la Encíclica la paz no puede darse en la sociedad humana si primero no se da en el interior de cada hombre:

«165. Porque la paz no puede darse en la sociedad humana si primero no se da en el interior de cada hombre, es decir, si primero no guarda cada uno en sí mismo el orden que Dios ha establecido».

b. La Carta de los Derechos de la Familia presentada por la Santa Sede a todas las personas, instituciones y autoridades interesadas en la misión de la familia en el mundo contemporáneo.

Del estudio e investigación de este nuevo paradigma se desprende que su aplicación en el ámbito familiar es esencial para sanar los conflictos y evitar incluso los procesos penales, ya sea por delitos leves, por violencia de género y cualesquiera otros. Por ello, consideramos la importancia de citar la Carta de los Derechos de la Familia, que en su Preámbulo establece:

«Considerando que:

- A. Los derechos de la persona, aunque expresados como derechos del individuo, tienen una dimensión fundamentalmente social que halla su expresión innata y vital en la familia
- B. La familia está fundada sobre el matrimonio, esa unión íntima de vida, complemento entre un hombre y una mujer, que está constituida por el vínculo indisoluble del matrimonio, libremente contraído, públicamente afirmado, y que está abierta a la transmisión de la vida;
- C. El matrimonio es la institución natural a la que está exclusivamente confiada la misión de transmitir la vida;

- D. La familia, sociedad natural, existe antes que el Estado o cualquier otra comunidad, y posee unos derechos propios que son inalienables;
 - E. La familia constituye, más que una unidad jurídica, social y económica, una comunidad de amor y de solidaridad, insustituible para la enseñanza y transmisión de los valores culturales, éticos, sociales, espirituales y religiosos, esenciales para el desarrollo y bienestar de sus propios miembros y de la sociedad;
 - F. La familia es el lugar donde se encuentran diferentes generaciones y donde se ayudan mutuamente a crecer en sabiduría humana y a armonizar los derechos individuales con las demás exigencias de la vida social;
 - G. la familia y la sociedad, vinculadas mutuamente por lazos vitales y orgánicos, tienen una función complementaria en la defensa y promoción del bien de la humanidad y de cada persona;”
 - H. la experiencia de diferentes culturas a través de la historia ha mostrado la necesidad que tiene la sociedad de reconocer y defender la institución de la familia»;
- c. La Carta Encíclica de Su Santidad Juan Pablo II *Dives in Misericordia* sobre la Misericordia Divina**

El estudio de las Encíclicas relativas a la Divina Misericordia, especialmente *Dives in Misericordia* nos permitirán descubrir la superioridad del amor respecto de la justicia y profundizar en la Teología de la Misericordia, fundamento del nuevo paradigma de justicia restaurativa:

«De este modo, la misericordia se contrapone en cierto sentido a la justicia divina y se revela en multitud de casos no sólo más poderosa, sino también más profunda que ella. Ya el Antiguo Testamento enseña que, si bien la justicia es auténtica virtud en el hombre, y en Dios significa la perfección trascendente, sin embargo, el amor es más “grande” que ella; es superior en el sentido de que es primario y fundamental. El amor,

por así decirlo, condiciona a la justicia y en definitiva la justicia es servidora de la caridad. La primacía y la superioridad del amor respecto a la justicia (lo cual es característico de toda la revelación) se manifiestan precisamente a través de la misericordia. Esto pareció tan claro a los Salmistas y a los Profetas que el término mismo de justicia terminó por significar la salvación llevada a cabo por el Señor y su misericordia».

«Además María es la que de manera singular y excepcional ha experimentado — como nadie— la misericordia y, también de manera excepcional, ha hecho posible con el sacrificio de su corazón la propia participación en la revelación de la misericordia divina. Tal sacrificio está estrechamente vinculado con la cruz de su Hijo, a cuyos pies ella se encontraría en el Calvario....»

«Pablo VI indicó en más de una ocasión la “civilización del amor” como fin al que deben tender todos los esfuerzos en campo social y cultural, lo mismo que económico y político, hay que añadir que este fin no se conseguirá nunca, si en nuestras concepciones y actuaciones, relativas a las amplias y complejas esferas de la convivencia humana, nos detenemos en el criterio del “ojo por ojo, diente por diente” y no tendemos en cambio a transformarlo esencialmente, superándolo con otro espíritu».

d. Bula de convocación del Jubileo Extraordinario de la Misericordia de Su Santidad, el Papa Francisco, *Misericordiae Vultus*, El rostro de la Misericordia,

Su Santidad el Papa Francisco mediante *Misericordiae Vultus, El rostro de la Misericordia*, Bula de convocación del Jubileo Extraordinario de la Misericordia, que se inicia el 8 de diciembre del 2015⁴⁵⁴, nos recuerda que el ser humano debe mirarse en el rostro de Cristo y descubrir en sus ojos misericordiosos que está llamado a ser feliz y transmitir la alegría del Evangelio, a pesar de sus debilidades. *Misericordiae Vultus*, cuyo lema es *Misericordiosos como el Padre*.

⁴⁵⁴ El Año Santo comenzará el 8 de diciembre de 2015, solemnidad de la Inmaculada Concepción, y concluirá el 20 de noviembre de 2016, solemnidad de Jesucristo, Rey del Universo.

Misericordiae Vultus, nos dice: «1. Jesucristo es el rostro de la misericordia del Padre. El misterio de la fe cristiana parece encontrar su síntesis en esta palabra. Ella se ha vuelto viva, visible y ha alcanzado su culmen en Jesús de Nazaret. El Padre, «rico de misericordia» (Ef. 2,4), después de haber revelado su nombre a Moisés como «Dios compasivo y misericordioso, lento a la ira, y pródigo en amor y fidelidad» (Éx 34,6) no ha cesado de dar a conocer en varios modos y en tantos momentos de la historia su naturaleza divina. En la «plenitud del tiempo» (Gál 4,4), cuando todo estaba dispuesto según su plan de salvación, Él envió a su Hijo nacido de la Virgen María para revelarnos de manera definitiva su amor. Quien lo ve a Él ve al Padre (cf Jn 14,9). Jesús de Nazaret con su palabra, con sus gestos y con toda su persona revela la misericordia de Dios. «2. Siempre tenemos necesidad de contemplar el misterio de la misericordia. Es fuente de alegría, de serenidad y de paz. Es condición para nuestra salvación. Misericordia es la palabra que revela el misterio de la Santísima Trinidad. Misericordia es el acto último y supremo con el cual Dios viene a nuestro encuentro. Misericordia es la ley fundamental que habita en el corazón de cada persona cuando mira con ojos sinceros al hermano que encuentra en el camino de la vida. Misericordia es la vía que une Dios y el hombre, porque abre el corazón a la esperanza de ser amados sin tener en cuenta el límite de nuestro pecado»⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ S.S. Papa Francisco, *Misericordiae Vultus, El rostro de la misericordia*, Bula de Convocación del Jubileo Extraordinario de la Misericordia, Ed. San Pablo, 2015, pp. 9-10.

CAPITULO VII
MARCO JURÍDICO COMUNITARIO
DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

A. UNIÓN EUROPEA

a. Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea

Configurando el marco jurídico comunitario del nuevo paradigma, en concreto en el ámbito de la Unión Europea, nos encontramos con el *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*⁴⁵⁸, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. En concreto, en su artículo 2 encontramos el término «justicia» afirmando que «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, *la tolerancia, la justicia, la solidaridad* y la igualdad entre mujeres y hombres»⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 (*BOE* de 1 de enero de 1986), entró en vigor el 1 de enero de 1958. Mediante Ley Orgánica 10/1985 (*BOE* de 8 de agosto) se autorizó la adhesión de España a las Comunidades Europeas; la adhesión entró en vigor el 1 de enero de 1986 (*BOE* de 1 de enero). Texto consolidado con las modificaciones introducidas por:

- a) El Tratado de Luxemburgo, por el que se modifican determinadas disposiciones presupuestarias de los Tratados Constitutivos de las CC.EE., de 7 de febrero de 1970;
- b) El Tratado de Bruselas, por el que se modifican determinadas disposiciones financieras de los Tratados Constitutivos, de 22 de julio de 1975;
- c) El Acta Única Europea, de 17 de febrero de 1986 (*BOE* de 3 de julio de 1987);
- d) El Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992 (*BOE* de 13 de enero de 1994);
- e) El Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997 (*BOE* de 7 de mayo de 1999);
- f) Los Tratados de Adhesión de 22 de enero de 1972 (Dinamarca, Reino Unido e Irlanda), de 28 de mayo de 1979 (Grecia), de 12 de junio de 1985 (España y Portugal) (*BOE* de 1 de enero de 1986) y de 24 de junio de 1994 (Austria, Finlandia y Suecia) (*BOE* de 21 de diciembre de 1994)
- g) El Tratado de Niza, que entró en vigor el 1 de enero de 2003.

⁴⁵⁹ Texto consolidado del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007,

Asimismo, el artículo 3 del Tratado de Lisboa (antiguo artículo 2 TUE) dispone en su apartado segundo que «La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de *libertad, seguridad y justicia* sin fronteras interiores, [...]»; en su apartado tercero que «[...] *La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales*, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño»; y en su apartado quinto que «[...] *Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza* y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas».

Por otra parte, cabe destacar que el artículo 13 del Tratado de Lisboa dentro del Título III, hace referencia a las Instituciones de la Unión regulando en el artículo 19 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea indicando que «1. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los Tribunales Especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados»⁴⁶⁰.

b. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*⁴⁶¹, reúne en un único documento los derechos que se repartían en distintos instrumentos legislativos, como las legislaciones nacionales y comunitarias, así como los Convenios Internacionales del Consejo de Europa, de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Al dar mayor visibilidad y claridad a los derechos fundamentales, establece una seguridad jurídica dentro de la Unión Europea.

ratificado por España mediante Ley Orgánica 1/2008 de 30 de julio. Diario Oficial de la Unión Europea 30 de marzo de 2010, C 83/17.

⁴⁶⁰ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, ratificado por España mediante Ley Orgánica 1/2008 de 30 de julio.

⁴⁶¹ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea incluye un Preámbulo y 54 artículos distribuidos en 7 capítulos.

En diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados. A tal efecto, la Carta fue enmendada y proclamada por segunda vez en diciembre de 2007, estableciendo en el *Preámbulo* que [...] «Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación». En el Capítulo VI de dicho documento se hace referencia a la justicia, en concreto en los artículos 47 a 50 estableciendo el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, presunción de inocencia y derechos de la defensa, principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas, derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito⁴⁶².

c. Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, sobre el Estatuto Europeo de la víctima en el proceso penal

En el marco de la Unión Europea cabe destacar especialmente en relación con la justicia restaurativa, la *Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo (2001/220/JAI) de 2001, sobre el Estatuto Europeo de la víctima en el proceso penal*, que por primera vez recoge un marco normativo unificado de derechos de la víctima durante todas las fases del proceso penal, desde la interposición de la denuncia hasta la propia sentencia.[...].⁴⁶³

En la Decisión Marco observamos diferentes aspectos importantes para su comprensión y aplicación práctica, destacando entre ellos, su ámbito de aplicación y su estructura. «A ese respecto, hay que destacar, en primer lugar, su gran amplitud en el tratamiento de la cuestión de la víctima y, en segundo lugar, la ausencia de una estructura interna en la confección del Estatuto. Mientras el primer aspecto es de aplaudir, el segundo podría haber sido objeto de una mayor atención»⁴⁶⁴.

⁴⁶² Diario Oficial de las Comunidades Europeas 18 de diciembre de 2000. C 364/1.

⁴⁶³ GORDILLO SANTANA, L. F. *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Ed. Iustel, 2007, .pág. 88.

⁴⁶⁴ SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., «El renacer de la víctima y el reconocimiento de sus derechos en la Unión Europea», en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid, Ed. Reus, S.A., 2011, pág. 85.

El Estatuto Europeo en su artículo 1 preceptúa que «Los Estados miembros reservarán a las víctimas un papel efectivo y adecuado en su sistema judicial penal y se seguirán esforzando para que las víctimas sean tratadas durante las actuaciones con el debido respecto a su dignidad personal, y reconocerán sus derechos e intereses legítimos en particular en el marco del proceso penal». Asimismo, en el artículo 1, e señala que la mediación debe ser entendida como «la búsqueda, con anterioridad o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor, mediada por una persona competente». En relación a la definición cabe poner de manifiesto que «El acierto de la definición es discutible, dado que favorece la confusión entre la mediación como forma de justicia restaurativa y otras formas de justicia negociada, además de dejar de lado la mediación post-sentencial»⁴⁶⁵.

Por otra parte, la *Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo (2001/220/JAI) de 2001, sobre el Estatuto Europeo de la víctima en el proceso penal*, menciona explícitamente el término «mediación penal» en los artículos 10 y 17 y establece una *política criminal restaurativa* al establecer que: «Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales [...]. Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e imputado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación [...]»⁴⁶⁶.

La *Decisión Marco* permite asegurar la protección a la víctima mediante la reparación o disminución del daño causado por el delito; responsabilizar al infractor acerca de las consecuencias de su ilícito, reconstruir la paz social y devolver el protagonismo a la sociedad civil⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ TAMARIT SUMALLA, J., «La justicia restaurativa: Concepto, principios, investigación y marco teórico», en *La Justicia Restaurativa: Desarrollo y aplicaciones*, Granada, Ed. Comares, 2012, pág. 27.

⁴⁶⁶ Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo (2001/220/JAI) de 2001, sobre el Estatuto Europeo de la víctima en el proceso penal, publicada en el DOUE de 22 de marzo de 2001, referencia L. 82.

⁴⁶⁷ FRANCÉS, P., «Programa de mediación penal y reparación del daño en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Pamplona: una experiencia», *Conocer, Reconocer y Reparar a las Víctimas*, Libro de Resúmenes del II Congreso de la Sociedad Española de Victimología, (Organización Sociedad Vasca de Victimología, Euskal Biktimologia Sozietatea), Palacio de Miramar, Donostia, San Sebastián, 25 a 27 de junio de 2007, pág. 100.

En relación a esta norma cabe poner de manifiesto que «En la evaluación institucional del cumplimiento de la Decisión Marco, el informe elaborado por *Victim Support Europe* y la Asociación Portuguesa de Apoyo a la Víctima (APAV) pone de relieve una aplicación muy desigual de esta norma en los diversos Estados de la Unión, de modo que el cumplimiento puede ser globalmente como insuficiente [...]»⁴⁶⁸. Así pues, «[...] La Comisión Europea ha emprendido un proceso de revisión de la Decisión Marco de 2001, con el objetivo de exigir a los Estados que cumplan con un programa mínimo de derechos de las víctimas en toda la Unión, mediante el recurso a una Directiva [...]»⁴⁶⁹.

d. Directiva del Parlamento y del Consejo Europeo (2011/0129) de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo

La Directiva del Parlamento y del Consejo Europeo (2011/0129) de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo en el apartado 46 establece que «Los servicios de justicia reparadora, incluidos, por ejemplo, la mediación entre víctima e infractor, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia, pueden ser de gran ayuda para la víctima, pero requieren garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias. Por tanto, estos servicios deben fijarse como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional. A la hora de remitir un asunto a los servicios de justicia reparadora o de llevar a cabo un proceso de justicia reparadora, se deben tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima, que podrían limitar o reducir su capacidad para realizar una elección con conocimiento de causa o podrían ocasionarle un perjuicio. Los procedimientos de justicia reparadora han

⁴⁶⁸ TAMARIT SUMALLA, J., «La justicia restaurativa: Concepto, principios, investigación...op. cit., pág. 28.

⁴⁶⁹ *Ibidem*...pág. 29.

de ser, en principio, confidenciales, a menos que las partes lo acuerden de otro modo o que el Derecho nacional disponga otra cosa por razones de especial interés general. Se podrá considerar que factores tales como las amenazas o cualquier forma de violencia cometida durante el proceso exigen la divulgación por razones de interés general».

e. Otros documentos de la Unión Europea

En el marco de la Unión Europea nos encontramos otros documentos relevantes al respecto como son:

- ◆ La Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de junio de 1986 sobre las agresiones a la mujer.
- ◆ La Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 23 de noviembre de 1995, relativa a la protección de testigos en la lucha contra la delincuencia organizada internacional.
- ◆ El Consejo Europeo de Tempere de 15 y 16 de octubre de 1999 (artículos 5, 19, 31 y 38).
- ◆ El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, presentado por la Comisión Europea COM (2002) 196 el 19 de abril de 2002.
- ◆ La Directiva del Consejo 2004/80/CE de 29 de abril de 2004 sobre la compensación a las víctimas del delito.
- ◆ La Recomendación (2006) 2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas.
- ◆ La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, de la Unión Europea sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴⁷⁰.
- ◆ La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ Diario Oficial de la Unión Europea de 24 de mayo de 2008, referencia L. 136.

⁴⁷¹ Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de noviembre de 2012, referencia L. 315/57.

Por otra parte, en el marco de la *justicia juvenil* cabe destacar determinados documentos relevantes como son:

- ◆ La Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre los derechos de los detenidos en la Unión Europea (2003/2188(INI)).
- ◆ La Recomendación (2003) 20 del Comité de Ministros a los Estados miembros, de 24 de septiembre de 2003, sobre nuevas formas de tratar la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil.
- ◆ La Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de junio de 2007, sobre la delincuencia juvenil – el papel de las mujeres, la familia y la sociedad (2007/2011(INI)).
- ◆ El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea.

B. CONSEJO DE EUROPA

a. Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950, para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

En el marco del Consejo de Europa, nos encontramos con el *Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950, para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* al disponer que «Reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos que ellos invocan; [...]»⁴⁷².

b. Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961.

Por su parte, la *Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961*⁴⁷³, dispone en el *Preámbulo* que «Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es conseguir una unión más estrecha entre sus miembros con objeto de salvaguardar y promover los ideales y principios que son su patrimonio común, y favorecer su progreso económico y social, en particular mediante la defensa y el *desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*; [...]»⁴⁷⁴.

⁴⁷² COUNCIL OF EUROPE, *European Court of Human Rights*, Convenio Europeo de Derechos Humanos, realizado en Roma, el 4 de noviembre de 1950. Ratificado por Instrumento de 26 de septiembre de 1979 (*BOE* de 10 de octubre de 1979), entró en vigor, con carácter general el 3 de septiembre de 1953, y para España el 4 de octubre de 1979 (fecha de depósito del Instrumento), conforme al artículo 66.3. Modificado por los Protocolos número 11 y 14, completado por el Protocolo adicional y los Protocolos números 4, 6, 7, 12 y 13, Estrasburgo. El Protocolo nº 14 (STCE nº 194) entró en vigor el 1 de junio de 2010.

⁴⁷³ Realizada en Turín el 18 de octubre de 1961. Ratificada por Instrumento de 29 de abril de 1980 (*BOE* de 26 de junio de 1980 y corrección de errores *BOE* de 11 de agosto de 1980). La Carta Social Europea entró en vigor el 26 de febrero de 1965 y para España el 5 de junio de 1980, treinta días después de la fecha del depósito del Instrumento de Ratificación español, de conformidad con su artículo 35. El Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988 entró en vigor el 4 de septiembre de 1992, añadiendo cuatro artículos. España ha ratificado el Protocolo por Instrumento de 24 de enero de 2000, entrando en vigor para España el 23 de febrero del mismo año (*BOE* de 25 de abril de 2000; corrección de errores en *BOE* de 13 de septiembre).

⁴⁷⁴ MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, INSTITUTO DE LA MUJER (Coord. DURÁN Y LALAGUNA, P., VENTURA FRANCH, A.) (Colaboradores BERNARD MONFERRER, E., BURGOS GINER, M^a A., COLLADO MATUTANO, L., GARCÍA CAMPÁ, S., GARCÍA GUMBAU, E., GARRIGUES GIMÉNEZ, A., SENENT VIDAL, M^a J., SEVILLA ME-

c. Recomendaciones

Conformando el marco jurídico europeo de la justicia restaurativa nos encontramos con normas internacionales de carácter regional, aunque la mayoría carecen de carácter jurídico vinculante, al tratarse únicamente de *Recomendaciones*⁴⁷⁵. De entre ellas, cabe destacar a estos efectos las siguientes⁴⁷⁶:

1. La Recomendación N° R. (92) 16 del Consejo de Europa sobre las Reglas Europeas sobre sanciones y medidas en la comunidad de 1992

Entre las Recomendaciones tiene gran importancia la *Recomendación N° R. (92) 16 del Consejo de Europa sobre las Reglas Europeas sobre sanciones y medidas en la comunidad de 1992*, en la que podemos observar la incorporación de medidas que tienen como finalidad el desarrollo de la responsabilidad de los infractores, especialmente, con las víctimas.

En dicha Recomendación se proponen como criterios de evaluación para este tipo de sanciones alternativas: 1) La humanidad; 2) La atención a las necesidades de los infractores reveladas por la infracción; 3) La valoración de la relación coste/eficacia; 4) La reducción de la población carcelaria; y 5) La aceptación pública⁴⁷⁷.

El estudio de la norma citada permite observar como la Recomendación n° R(92) 16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad considera que las sanciones y medidas que se cumplen en la comunidad son modos importantes para combatir el delito y evitar los efectos negativos de la prisión.

RINO, J., SOLER VILAR, A.) *Legislación Internacional, Europea, Constitucional y Administrativa en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Madrid, Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 37, 2004, pág. 192.

⁴⁷⁵

Las Recomendaciones se encuentran en la página oficial del Consejo de Europa, www.coe.int.

⁴⁷⁶

VARONA MARTÍNEZ G., «Criterios de evaluación en justicia restaurativa: análisis comparado e internacional», *Conocer, Reconocer y Reparar a las Víctimas*, Libro de Resúmenes del II Congreso de la Sociedad Española de Victimología, (Organización Sociedad Vasca de Victimología, Euskal Biktimologia Sozietatea), Palacio de Miramar, Donostia, San Sebastián, 25 a 27 de junio de 2007, pág. 105.

⁴⁷⁷

Recomendación N° R. (92) 16 del Consejo de Europa.

2. La Recomendación N° R. (99) 19 de 15 de septiembre de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la mediación en asuntos penales

Especial interés tiene en la materia, el estudio de la *Recomendación N° R. (99) 19 de 15 de septiembre de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la mediación en asuntos penales*⁴⁷⁸ que reconoce no el *derecho*, sino el *interés legítimo* de las víctimas a tener una voz más fuerte al tratar las consecuencias de su victimización, para comunicarse con el infractor, obtener disculpas y una reparación. Al mismo tiempo, considera que dicha reparación puede favorecer su reintegración social. En todo caso, se precisa una coordinación de esfuerzos públicos y privados y debe respetarse el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Asimismo define la mediación penal como «Todo proceso que permite a la víctima y al delincuente participar activamente, si lo consienten libremente, en la solución de las dificultades resultantes del delito, con la ayuda de un tercero independiente (mediador)»⁴⁷⁹.

En el apartado primero dicha Recomendación ofrece una definición de mediación, que podemos ver como es más limitada que el término justicia restaurativa. Por tanto, cabe plantearse la duda de si la Recomendación es aplicable a otras formas de justicia restaurativa. De conformidad con el apartado tercero de la citada norma, la mediación en asuntos penales debería ser un servicio disponible de forma general, facilitado por la legislación que, además debe definir los principios de remisión de los casos y su tratamiento tras la mediación, conforme establecen los apartados sexto y séptimo. Por otra parte, se debe dotar de *autonomía suficiente* a los servicios de mediación dentro del sistema de justicia penal.

En todo caso, conforme dispone el artículo 9 la decisión sobre el envío del caso y la evaluación del proceso debe reservarse a las autoridades de la justicia penal, estableciendo el artículo 16 que deben existir unos límites temporales para la remisión a la justicia restaurativa.

⁴⁷⁸ Adoptada por el Comité de Ministros el 15 de septiembre de 1999, durante la 679ª reunión de los Delegados de los Ministros.

⁴⁷⁹ VARONA MARTÍNEZ, G., «Criterios de Evaluación en la Justicia Restaurativa: Análisis Comparado e Internacional», en *Jornadas Transfronterizas, La Mediación Penal: un modelo de justicia restaurativa*, Donostia, San Sebastián, 31 de enero, pág. 11.

El artículo 22 de la Recomendación hace mención a los mediadores, estableciendo que han de seleccionarse entre todos los sectores de la sociedad, estableciendo el artículo 26 que su imparcialidad se ejercerá sobre los hechos del caso y las necesidades de las víctimas y los infractores.

En relación a la *Recomendación N° R. (99) 19 de 15 de septiembre de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la mediación en asuntos penales* cabe destacar que «La Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) ha realizado una revisión de la aplicación de la Recomendación y en 2007 ha elaborado una Directrices para una mejor implementación de la misma. El documento constata la existencia de diferencias importantes entre los Estados provocadas por una serie de obstáculos como la falta de disponibilidad de la mediación, su falta de conocimiento por parte de jueces, fiscales y otras autoridades y profesionales que cooperan con el sistema de justicia, su coste relativamente alto, la falta de formación especializada y las diferencias en la cualificación requerida para los mediadores [...]»⁴⁸⁰.

3. La Resolución Ministerial n° 2 sobre la misión social del sistema de justicia penal – justicia restaurativa de 2005

La *Resolución n. 2 de la 26ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia*, reunidos en Helsinki, del 7 al 8 de abril de 2005, sobre *la misión social del sistema de justicia penal – justicia restaurativa*, en su segundo punto considera la gran importancia para la paz social de promover una política penal centrada también en la prevención, el desarrollo de las sanciones comunitarias, las necesidades de las víctimas y la reintegración del infractor.

En el punto tercero se indica el sufrimiento que causa la prisión, así como la carga social que supone. Además, en el punto tercero, se considera que «[...] las sanciones y medidas comunitarias, así como las medidas de justicia restaurativa pueden tener un efecto positivo sobre los costes sociales de la delincuencia y el control penal» y se está *convencido* «de que mediante un enfoque de justicia restaurativa pueden satisfacerse

⁴⁸⁰ TAMARIT SUMALLA, J., La justicia restaurativa: Concepto, principios, investigación y marco teórico, en *La Justicia Restaurativa: Desarrollo y aplicaciones*, Granada, Ed. Comares, 2012, pág. 27.

mejor los intereses de las víctimas del delito, acrecentarse las posibilidades de los infractores de integrarse y aumentar la confianza pública en el sistema de justicia penal» según el punto quinto. De conformidad con el punto 10, es necesario desarrollar estrategias particulares para grupos vulnerables de víctimas e infractores. Y según el punto 15 «Los Estados acuerdan la importancia de promover el enfoque de justicia restaurativa en sus sistemas de justicia penal e invitan al Comité de Ministros a apoyar y desarrollar programas de cooperación para promover una mayor aplicación de la justicia restaurativa, sobre la base de la Recomendación R. (99) 19, de conformidad con el punto 21»⁴⁸¹.

4. La Recomendación N° R. (2006) 8 sobre la asistencia a las víctimas del crimen de 14 de junio de 2006

La Recomendación N° R. (2006) 8 sobre la asistencia a las víctimas del crimen de 14 de junio de 2006, adoptada por el Comité de Ministros durante la 967 reunión de los delegados de los Ministros sustituye a la Recomendación N° R. (87) 21, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización⁴⁸².

La Recomendación parte del convencimiento de que el Estado tiene tanta responsabilidad de atender a las víctimas como a los infractores. En cuanto a los *Principios* regulados en el apartado segundo se establece que «Los Estados deben asegurar el reconocimiento efectivo y el respeto de los derechos de las víctimas, con respecto a sus derechos fundamentales; deben en particular respetar la seguridad, la dignidad, la vida privada y familiar de las víctimas y el reconocimiento de los efectos negativos del crimen en las víctimas. Los Estados deben asegurar que las medidas anunciadas en la presente recomendación sean puestas a disposición de las víctimas sin discriminación. La oferta de estos servicios y la puesta en marcha de medidas no deben depender ni de la

⁴⁸¹ VARONA MARTÍNEZ, G., «Criterios de Evaluación en la Justicia Restaurativa: Análisis Comparado e Internacional», en *Jornadas Transfronterizas, La Mediación Penal: un modelo de justicia restaurativa*, Donostia, San Sebastián, 31 de enero, pág. 12.

⁴⁸² Adoptada por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1987, durante la 410ª reunión de los Delegados de los Ministros.

identificación del perpetrador del acto criminal, ni de su arresto, ni de las persecuciones en su contra, ni de su condena»⁴⁸³.

En relación a la *mediación* se establece el apartado 13.1 que «Teniendo en cuenta los beneficios potenciales de la mediación para las víctimas los organismos oficiales deben, cuando traten con las víctimas y cuando sea oportuno y permitido, considerar las posibilidades de ofrecer una mediación entre la víctima y el ofensor, en conformidad con las Recomendación del Consejo de Ministros N° R. (99)19 sobre la mediación en materia penal». En el apartado 13.2 se afirma que «Los intereses de las víctimas deberán ser completa y cuidadosamente considerados al momento de tomar la decisión de realizar una mediación y durante el proceso de mediación. Debe tenerse debida consideración tanto a los beneficios potenciales como a los riesgos potenciales para la víctima». En el apartado 13.3 se establece que «En el caso en que la mediación sea prevista, los Estados deberán promover la adopción de estándares claros para proteger los intereses de las víctimas. Estos estándares deberán tratar específicamente sobre la capacidad de las partes de dar su libre consentimiento, sobre los asuntos de confidencialidad, sobre el acceso a una fuente independiente de información, sobre la posibilidad de retirarse del procedimiento en cualquier momento y sobre la competencia de los mediadores».

En relación a los *Estudios e Investigaciones*, el apartado 17.1 hace referencia a que «Los Estados deberán promover, ayudar y, en la medida de lo posible, financiar o facilitar la recolección de fondos para la investigación en victimología, incluyendo las investigaciones comparadas adelantadas por investigadores nacionales o extranjeros». El apartado 17.2 establece que «La investigación deberá tratar campo de la investigación en criminología para desarrollar políticas coherentes y basadas en las pruebas». El apartado 17.3 de la Recomendación mencionada hace referencia a que se deben tener en cuenta las últimas investigaciones victimológicas disponibles para desarrollar políticas consistentes, basadas en la evidencia, disponiendo el artículo 17.4 que «Los Estados deberán invitar a todos los organismos que se ocupan de las víctimas del crimen, guber-

⁴⁸³ Recomendación N° R. (2006) 8 sobre la *asistencia a las víctimas del crimen* de 14 de junio de 2006, adoptada por el Comité de Ministros durante la 967 reunión de los delegados de los Ministros.

namentales o no, para que compartan su experiencia con otras agencias o instituciones nacionales e internacionales»⁴⁸⁴.

5. Otros documentos del Consejo de Europa

Dentro del Consejo de Europa nos encontramos con otros documentos relevantes a estos efectos como son:

- ◆ La Recomendación N° R (83) 7, de 23 de junio de 1983, del Comité de Ministros del Consejo de Europa que está orientada a potenciar la participación del público en la elaboración y aplicación de políticas criminales tendentes a prevenir la criminalidad y a facilitar la indemnización y la reparación a la víctima, como una forma de sustitución de la pena privativa de libertad⁴⁸⁵.
- ◆ El Convenio Europeo sobre la compensación a víctimas de delitos violentos, hecho en Estrasburgo el de 24 de noviembre de 1983.
- ◆ La Recomendación (85) 4, de 26 de marzo de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la violencia dentro de la familia. Dicha Recomendación se divide en tres apartados específicos, uno relacionado con la prevención de la violencia dentro de la familia, otro relativo a la denuncia de los hechos de la violencia familiar y un tercero relativo a la intervención del Estado como consecuencia de los actos de violencia familiar⁴⁸⁶.
- ◆ La Recomendación N° R. (85) 11, de 28 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros, relativa a la posición de la víctima en el marco del proceso penal y el derecho penal⁴⁸⁷ que

⁴⁸⁴ Recomendación N° R. (2006) 8 sobre la *asistencia a las víctimas del crimen* de 14 de junio de 2006, adoptada por el Comité de Ministros durante la 967 reunión de los delegados de los Ministros.

⁴⁸⁵ MARTÍNEZ I CAMPS, M^a M., «Programa de mediación penal. Jurisdicción ordinaria», *Conocer, Reconocer y Reparar a las Víctimas*, Libro de Resúmenes del II Congreso de la Sociedad Española de Victimología, (Organización Sociedad Vasca de Victimología, Euskal Biktimologia Sozieta-tea), Palacio de Miramar, Donostia, San Sebastián, 25 a 27 de junio de 2007, pág. 117.

⁴⁸⁶ GORDILLO SANTANA, L.F. *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Ed. Iustel, 2007, pág. 86.

⁴⁸⁷ Adoptada por el Comité de Ministros el 28 de junio de 1985, durante la 387^a reunión de los Delegados de los Ministros.

recomienda a los gobiernos revisar las prácticas y la legislación para adaptarlas a las directrices que se expresan en su texto.⁴⁸⁸

- ◆ La Recomendación N° R. (87) 20, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, de 17 de septiembre de 1987, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil⁴⁸⁹.
- ◆ La Resolución (77) 27, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de septiembre de 1997, sobre indemnización a víctimas de delito.
- ◆ La Recomendación N° R. (99) 22 del Consejo de Europa, de 30 de septiembre de 1999, señala que deberían suprimirse todas las penas de prisión inferiores a un año.
- ◆ La Recomendación (2008) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, de 5 de noviembre de 2008, sobre Reglas Europeas para Menores sujetos a Sanciones o Medidas.

488

GORDILLO SANTANA, L.F., *La justicia restaurativa ...* op. cit., pág. 86.

489

Adoptada por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1987, durante la 410ª reunión de los Delegados de los Ministros.

CAPÍTULO VIII

LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL DERECHO COMPARADO

A. SISTEMAS JURÍDICOS VIGENTES

En el presente capítulo procederemos a realizar una investigación, estudio y análisis de la *justicia restaurativa* en el marco del Derecho Comparado, para así apreciar la distinta evolución que la misma ha tenido en los diferentes países de nuestro entorno con la finalidad de extraer las enseñanzas necesarias para poder implementar el *paradigma restaurativo* en nuestra sociedad.

En cuanto a los sistema jurídicos vigentes en la actualidad podemos apreciar cinco conjuntos de normas jurídicas: El *Sistema de Derecho Continental* o Neoromanista (en inglés *Civil Law*), el *Sistema de Derecho Anglosajón* (en inglés *Common Law*)⁴⁹⁰, el *Sistema de Derecho Religioso*, el *Sistema de Derecho Consuetudinario* y el *Sistema Híbrido de Derecho Civil y Anglosajón*.

El *Sistema de Derecho Continental* o Neoromanista (en inglés *Civil Law*) predomina principalmente en Europa y América Latina. El *Sistema de Derecho Anglosajón* (en inglés *Common Law*), originario de la Inglaterra medieval que, a diferencia del Civil, considera de mayor importancia la jurisprudencia (el conjunto de antecedentes y sentencias previas que marcan la aplicación de la Ley, según la época y el caso) antes que en un núcleo fijo del cual se desprendan todas las leyes, lo que sería, en los países de Derecho Civil, la Constitución.

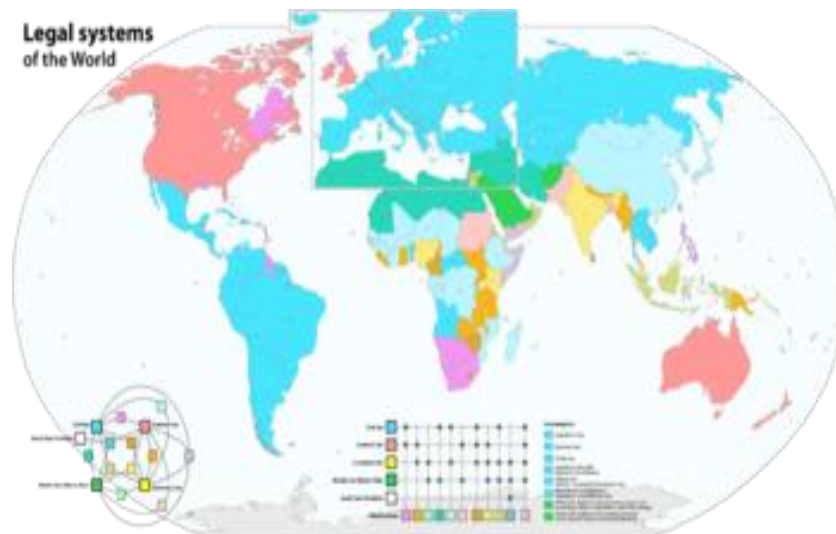
⁴⁹⁰ Las naciones que fueron colonizadas por el Imperio Británico se rigen por el *Common Law*, aunque el modelo se ha ido modificando según el país: incluyen a Estados Unidos, Canadá, India y Australia, entre otros.

El *Sistema de Derecho Religioso* basado en reglamentos religiosos es actualmente una variante única de los países musulmanes. Y en cuanto al *Sistema de Derecho Consuetudinario*, que consiste en aplicar leyes por costumbre aunque no estén escritas, sólo se observa en dos países: Mongolia y Sri Lanka.

El estudio se realiza teniendo en cuenta el *Sistema de Derecho Continental*, el *Sistema de Derecho Anglosajón* y el *Sistema Híbrido de Derecho Civil y Anglosajón*, puesto que si bien el sistema jurídico de cada país puede ser clasificado en alguna de las familias anteriormente mencionadas, puede presentar variaciones dentro de ellas o bien integrar instituciones o elementos de otros sistemas; existen pues numerosos países que tienen un sistema jurídico mixto.

La investigación realizada se centra principalmente en los países más representativos en los que de una forma u otra se ha establecido el nuevo paradigma de *justicia restaurativa*, teniendo en cuenta que en el Capítulo IX de esta Tesis Doctoral se dedica al *Marco Jurídico de la Justicia Restaurativa en España*.

Mapa con los diversos sistemas jurídicos



B. SISTEMA DE DERECHO CONTINENTAL

Dentro del *Sistema de Derecho Continental*, cabe establecer la diferenciación entre el *Sistema Europeo Continental*, el *Sistema Latino-americano*, el *Sistema Escandinavo* y el *Sistema Latino-africano*.

a. Sistema Europeo Continental ⁴⁹¹

Dentro del *Sistema Europeo Continental* nos centraremos dada su importancia en el nuevo paradigma de *justicia restaurativa* en la regulación establecida en Alemania, Bélgica y la República Checa. Asimismo, destacar que existen prácticas que abren la puerta al nuevo paradigma en países como Austria, Francia, Holanda, Noruega, Finlandia, Italia, Polonia, Portugal, Ucrania ⁴⁹² y Suiza ⁴⁹³.

1. República Federal de Alemania

La República Federal de Alemania (*Bundesrepublik Deutschland*), es uno de los países que dentro de la investigación realizada del nuevo paradigma de *Gerechtigkeit, Restorative Justice* en el ámbito del Derecho Comparado observamos como sigue el Sistema de Derecho Continental.

En Alemania cabe destacar el *Acto Juvenil de la Justicia de 1953* según la enmienda prevista por el Acto de 1990 (artículos 10, 15, 45 y 47). Los artículos 10 y 15 explican que el juez puede disponer de estos elementos alternativos de justicia, aduciendo que *la mediación* es un mecanismo educativo, y que para la disculpa del ofensor, sólo basta la buena voluntad por parte de ambas partes; además, estos artículos evidencian la bondad de *la reparación de los daños* ocasionadas frente al castigo como tal, anotando que el juez puede imponer al delincuente, medidas como la prestación de ser-

⁴⁹¹ El *Sistema Europeo Continental* lo encontramos en Albania, Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Chipre, Ciudad del Vaticano, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Moldavia, Mónaco, Polonia, Portugal, República Checa, Rumania, Rusia, San Marino, Suiza, Turquía Ucrania y Checoslovaquia.

⁴⁹² En Ucrania existe desde 1994 *The Ukrainian Centre for Common Ground*, creado para la resolución de conflictos de forma cooperativa y constructiva.

⁴⁹³ KNOEPFLER, J., *Victim – offender mediation in Switzerland* en Newsletter of the European Forum for Victim – Offender Mediation and Restorative Justice, vol. 3, parte 2, junio 2002, pp. 4 y ss.

vicios a la comunidad o a la víctima misma como parte del resarcimiento de ese daño. Sin embargo, estas medidas en Alemania actualmente solo están aplicándose en un 2% de los casos y aún falta implementar *la mediación* para que ésta llegue a la mayoría de los casos. Los artículos 45 y 47 del *Acto Juvenil de 1953*, tratan de la *mediación* entre la víctima y el delincuente, como alternativa eficaz para evitar el castigo y al menor resocializar de edad, logrando la reconciliación entre las partes y propiciando la disminución de delitos en los jóvenes y su reincidencia.

El *Art. 46 a del Código de Derecho Penal Alemán* que hace referencia al Arreglo entre autor y víctima y a la reparación del daño establece: Si el autor: 1) en su empeño para lograr un acuerdo con el lesionado (arreglo autor-víctima) ha reparado su hecho enteramente o en su mayor parte o este aspirando seriamente a su reparación; o, 2) en el caso en que la reparación del daño haya exigido por él un considerable desempeño personal o una renuncia importante, indemniza a la víctima enteramente o en su mayor parte, entonces el tribunal puede atenuar la pena de acuerdo con el artículo 49 inciso primero o, puede prescindir de la pena cuando no se ha incurrido en pena grave tal como privación de la libertad hasta un año o multa hasta 360 importes diarios»⁴⁹⁴.

Parte de la doctrina duda respecto al alcance del *Art. 46 a del Código de Derecho Penal Alemán* siendo escépticos en cuanto a su aplicación a los delitos graves, considerando que debe circunscribirse a los asuntos de menos importancia. La ley alemana distingue entre las medidas existentes y dice que hay una estructura dual de éstas y que se encuentran disponibles para las autoridades públicas de dicho país así: La primera de estas categorías, se ocupa de la mediación y de la remuneración de la víctima por el delincuente. La segunda categoría obtiene relevancia cuando el delincuente es formalmente condenado y hay sentencia.

En los adultos, *el artículo 153 a del Código de Procedimiento Criminal* es aplicado a aquellas personas mayores de 21 años, en delitos de menor importancia, exigiéndose que el delincuente voluntariamente haga la restitución a la víctima o que al menos alcance una reconciliación con ésta por la mediación entre ellas. Se logra de esta forma que el mayor de edad, con sus esfuerzos, alcance la reparación del daño ocasionado a la

⁴⁹⁴ Código Penal Alemán de 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998.

víctima y que al momento del juicio, el Juez, pueda atenuar la pena. La condena puede consistir en un encarcelamiento del menor o una multa. Este mecanismo se puede aplicar a todas las ofensas, excepto a aquellas en las que no hay víctima específica, tales como ofensas por droga (víctima difusa porque se afecta el orden público), o aquellos casos en los que la víctima no se pudo identificar; situaciones que dificultan la reparación del daño.

El 26 de julio de 2012 entró en vigor en Alemania la *Ley sobre la mediación*⁴⁹⁵. Se trata de la primera norma jurídica que regula formalmente los servicios de mediación en ese país. Incorpora asimismo al ordenamiento jurídico alemán la *Directiva europea sobre mediación*⁴⁹⁶. El alcance en Alemania de la *Ley sobre la mediación* rebasa los requisitos de la Directiva europea; ésta únicamente contempla los litigios mercantiles y civiles transfronterizos, mientras que la norma alemana abarca todas las modalidades de mediación, con independencia del tipo de litigio o el lugar de residencia de las partes.

La *Ley sobre la mediación alemana* sólo establece directrices generales, pues los mediadores y las partes interesadas han de disponer de un margen de maniobra considerable durante el proceso de mediación. La Ley define inicialmente los términos «mediación» y «mediador», para diferenciar la mediación de otras formas de resolución de litigios. Con arreglo a la esa norma, *la mediación* es un proceso estructurado en cuyo marco las partes tratan de encontrar, de manera autónoma y voluntaria, una solución de mutuo acuerdo al litigio con la ayuda de uno o varios mediadores. *Los mediadores* son personas independientes e imparciales, sin poder decisorio, que guían a las partes interesadas en el procedimiento de mediación. Se ha evitado deliberadamente establecer en la Ley un código preciso de conducta para ese procedimiento. Sin embargo, sí se establecen una serie de exigencias de información y de limitaciones de la actividad, con el fin de proteger la independencia y la imparcialidad de la profesión de mediador. Además, la legislación obliga formalmente a los mediadores a preservar rigurosamente la confidencialidad de sus clientes.

⁴⁹⁵ Artículo 1 de la Ley de fomento de la mediación y otros procedimientos de resolución extrajudicial de litigios, de 21 de julio de 2012, *Budengesetzblatt I*, p. 1 577.

⁴⁹⁶ Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, DO L 136 de 24.5.2008, p. 3.

La Ley fomenta la resolución de los litigios de mutuo acuerdo al incluir una serie de diferentes incentivos en los códigos procesales (por ejemplo, en el Código de Procedimiento Civil, *Zivilprozessordnung*). Así, en lo sucesivo, cuando las partes incoen un procedimiento civil, tendrán que indicar si ya han tratado de resolver el asunto extrajudicialmente, por ejemplo a través de un procedimiento de mediación, y si existen razones concretas que desaconsejen esa vía. El tribunal puede además sugerir que las partes traten de resolver el litigio recurriendo a la mediación o a otra modalidad de resolución extrajudicial; si las partes rechazan seguir esa opción, el tribunal puede suspender el procedimiento. Por el momento no se contempla la concesión de asistencia jurídica gratuita para la mediación.

El Gobierno federal está obligado jurídicamente a informar al *Bundestag* (la cámara baja del Parlamento) sobre la repercusión de la Ley al cabo de cinco años desde la fecha de entrada en vigor. Debe también determinar si es necesario introducir medidas legislativas adicionales en relación con la formación y el desarrollo profesional de los mediadores.

En Alemania nos encontramos con un gran número de organizaciones que prestan servicios de mediación⁴⁹⁷: *Bundes-Arbeitsgemeinschaft für Familien-Mediation*⁴⁹⁸; *Bundesverband Mediation*⁴⁹⁹; (*Bundesverband Mediation in Wirtschaft und Arbeitswelt*⁵⁰⁰; *Centrale für Mediation Gmb*⁵⁰¹; *Arbeitsgemeinschaft Mediation im Deutschen Anwaltverein*⁵⁰²).

⁴⁹⁷ Portal Europeo de e-justice.europa.eu.

⁴⁹⁸ La Asociación Federal de Mediación Familiar.

⁴⁹⁹ La Asociación Federal de Mediación.

⁵⁰⁰ La Asociación Federal de Mediación en el entorno económico y laboral.

⁵⁰¹ El Centro de Mediación.

⁵⁰² La Asociación de Abogados de Alemania;

2. Bélgica

Bélgica es uno de los países europeos que más han apostado por la *justicia restaurativa* como nuevo paradigma para afrontar los conflictos en el orden jurisdiccional penal. Este enfoque restaurativo busca lograr una respuesta más equilibrada ante los sucesos criminales, de forma que las necesidades de las víctimas, grandes olvidadas en el proceso penal, se vean atendidas.

Los programas de *justicia restaurativa* suelen centrarse en actuar antes del juicio, pero no una vez que el delito ha sido juzgado y el ofensor ha pasado a cumplir su pena. Sin embargo, para los autores del programa piloto *Restorative prisons* de la Universidad Católica de Lovaina, en Bélgica, los valores restaurativos pueden aplicarse a lo largo de todo el proceso penal, desde antes del enjuiciamiento hasta la fase de ejecución. Pese a parecer una contradicción en sus propios términos, **las prisiones restaurativas son posibles**. En 1998 se puso en práctica el citado *programa piloto de justicia restaurativa* en 6 prisiones belgas. En el año 2000, el gobierno decidió crear el puesto profesional penitenciario de **asesor en justicia restaurativa** para intentar aplicar el modelo de prisión restaurativa en todas las cárceles del país.

El estudio de los sistemas punitivos refleja el excesivo uso de la pena de prisión en los países desarrollados, la *crisis de la prisión* y la investigación en victimología propiciaron el *programa piloto* entendiendo que la prisión debe ser el último recurso: «Cuando el encarcelamiento sea inevitable, deben seguir poniéndose los medios para que la víctima, la persona encarcelada y el contexto social que les rodea, puedan buscar una manera constructiva de resolver su problema. En otras palabras, la justicia restaurativa no puede quedar fuera de los muros de la prisión»⁵⁰³.

Además de esta importante labor académica, otra de las claves del éxito del programa fue un clima político favorable hacia las cuestiones restaurativas, debido al creciente interés en las víctimas que fue calando en la legislación belga desde mediados de los años 90. Con este fértil caldo de cultivo, los investigadores de la Universidad Católica de Lovaina llevaron a cabo un proceso de investigación-acción, centrado en cuatro

⁵⁰³ Tony Peters, en colaboración con Ivo Aertsen, Katrien Lauwaert and Luc Robert: *From Community Sanctions To Restorative Justice The Belgian Example*.

focos de interés, que trataba de lograr que la cultura restaurativa impregnara el entramado penitenciario. Estos cuatro puntos de intervención serán los que continúen este artículo.

El propósito central del proyecto era encontrar la manera de que las instituciones penitenciarias contribuyeran a lograr una administración de justicia penal más justa y equilibrada para las víctimas, los ofensores y la sociedad. Para ello, desarrollaron las siguientes actuaciones:

1. Formación del funcionariado de prisiones.
2. Formación de los internos.
3. Implicación de la sociedad civil.
4. Reparación del daño causado.

En primer lugar, los investigadores entendieron que la formación del personal que pasaba más tiempo con los internos era vital para alcanzar el objetivo de trasladar la cultura restaurativa a la prisión. Por ello, realizaron una serie de actos informativos sobre conceptos tales como la victimización y la justicia restaurativa, así como sobre la importancia de mantener una actitud de respeto y consideración hacia los internos. También se mantuvieron sesiones formativas con los psicólogos y trabajadores sociales para hacerles ver la importancia de trabajar con los internos la reparación del daño causado, como paso necesario para su reinserción.

Una segunda fase del proyecto se centró en intervenir con los internos con el objetivo principal de que entendieran la trascendencia de tomar responsabilidad por los hechos cometidos y de que desarrollaran empatía hacia las víctimas. Para no caer en la mera moralización, también se les invitó a reflexionar sobre su propia victimización y a decidir maneras constructivas de superar su pasado. Para ello, se utilizaron diversas técnicas como juegos de rol, cine forums, debates, lectura de prensa, e incluso se permitió que escribieran una carta a la víctima.

Según los autores del proyecto, para que las *prisiones restaurativas* funcionen, es necesario que la sociedad civil participe en ellas. Es necesario que la comunidad entienda lo que pasa dentro de una prisión y cómo allí se está trabajando por el bien de la

víctima y del resto de la sociedad. Con este fin, se organizaron visitas a las prisiones de policías, abogados, profesores, miembros de organismos de atención a las víctimas, e incluso víctimas directas e indirectas. El resultado de estas visitas fue muy satisfactorio: «Lejos del tan repetido clamor de que son necesarias penas más duras y de que las prisiones son hoteles de 5 estrellas, los visitantes quedaron muy impresionados con las historias de los internos».

Finalmente, se prestó especial atención al pago de la responsabilidad civil de los internos a las víctimas. Para que el pago de la responsabilidad civil fuera parte de un proceso restaurativo, se abrió la posibilidad de que los ofensores y víctimas participaran en una mediación, directa o indirecta, que acabara en un acuerdo de reparación, siempre que ambas partes voluntariamente así lo decidieran. Por otra parte, para solucionar el habitual caso de que un interno tenga la sincera intención de pagar la responsabilidad civil pero no el dinero para hacerlo, se creó un fondo de compensación, gestionado por asociaciones de la sociedad civil. Los internos insolventes podrían realizar trabajos en beneficio a la comunidad en algunas de esas asociaciones y, a cambio, el fondo compensaría a las víctimas.

3. República Checa

Desde el año 1989 la ley penal en este país ha sufrido una reforma importante como resultado de los esfuerzos por encontrar métodos para reducir la criminalidad⁵⁰⁴. Las reformas del Código Penal desde 1994 a 1998 abren la vía para un nuevo modelo de sanciones administrativas y métodos de «diversión». Y dentro de esas medidas podemos destacar los acuerdos entre víctima – victimario, los servicios en beneficio de la comunidad, sentencias condicionales, etc.

En 1996 se fundó el sistema de *probation*, se crearon oficinas en todos los distritos judiciales. Y a pesar del auge inicial, el hecho de que estas oficinas se encuentren integradas dentro de la estructura judicial ha dado poca maniobrabilidad para la realización de este tipo de procesos. Por ello, se ha creado una red de entidades privadas que

⁵⁰⁴ OUREDNIKOVA, L., *New developments in probation and mediation in the Czech Republic*, en Newsletter of the European Forum for Victim – Ofender Mediation an Restorative Justice, vol. 1, parte 2, noviembre 2000, pp. 1 y ss.

desde el año 1999 y 2000, con la aparición de la *Nueva Ley de Probation y Mediación* en 2001, ha generado la posibilidad de realizar proyectos piloto en cuatro juzgados y se crearon las bases para la formación de los oficiales de libertad y los mediadores. Se creó el PMS, un organismo con estructura gubernamental integrado dentro del Ministerio de Justicia que se ha encargado de fomentar la mediación en las diferentes sedes judiciales y que fomenta la colaboración con asociaciones privadas. En cuanto a la formación se refiere a los mediadores, éstos deben de obtener un máster previo en el área social y de leyes y debe de pasar un examen de experto en mediación que realiza el Ministerio de Justicia.

a. Sistema Latinoamericano⁵⁰⁵

1. Centroamérica

El *Sistema de Derecho Continental de Centroamérica*⁵⁰⁶ en los países que más se ha desarrollado el nuevo paradigma ha sido en Honduras, El Salvador y Nicaragua.

1.1. Honduras

El artículo 186 establece que «Las acciones civiles para el pago de perjuicios ocasionados por la infracción cometida por un niño deberá promoverse ante la jurisdicción civil, de acuerdo con las normas generales. Con tal fin, los juzgados ordinarios podrán solicitar al juez competente copia de la parte resolutive del fallo en que se declare a un niño como autor o partícipe de una infracción penal, con el solo objeto de fundamentar la acción civil correspondiente»⁵⁰⁷.

El artículo 231 establece que «La víctima de la infracción cometida por un niño participará en el proceso en la forma establecida en el presente Código y demás leyes aplicables y podrá: 1) Denunciar la infracción ante el juzgado competente; 2) Aportar

⁵⁰⁵ El Sistema latinoamericanos se aplica en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

⁵⁰⁶ El *Sistema de Derecho Continental de Centroamérica* se aplica a Costa Rica, Belice, Honduras, El Salvador, Guatemala, Nicaragua y Panamá.

⁵⁰⁷ Código de la Niñez y de la Adolescencia, Decreto n°. 73-96, www.bvs.hn/bva/fulltext/Leyes_honduras.

información y cualquier medio probatorio al juzgado que conozca de la causa; 3) Reclamar ante el Ministerio Público por las acciones u omisiones del Fiscal durante el proceso; y, 4) Hacer uso de los recursos que la ley señala»⁵⁰⁸.

El artículo 193 establece la regulación de los servicios a la comunidad indicando que « [...] consistirán en tareas de interés general que el niño deberá realizar en forma gratuita. Dichos servicios en ningún caso podrán exceder de seis (6) meses. Las tareas a que se refiere el párrafo anterior deberán cumplirse durante horas que no interrumpen su asistencia a la escuela o al trabajo y se prestarán en establecimientos públicos o durante la ejecución de programas comunitarios que no impliquen riesgo para el niño o menoscabo a su dignidad»⁵⁰⁹.

El artículo 194 establece la obligación de reparar el daño indicando que «La obligación de reparar el daño [...], nacerá cuando resulte afectado el patrimonio de la víctima. En tal caso, la autoridad competente podrá ordenar la devolución de la cosa, su reparación o el pago de una justa indemnización»⁵¹⁰.

1.2. El Salvador

El artículo 13 regula los servicios a la comunidad señalando que «Los servicios a la comunidad son tareas de interés general, que el menor debe realizar en forma gratuita. Las tareas a las que se refiere la presente disposición, deberán asignarse en lugares o establecimientos públicos, o en ejecución de programas comunitarios, que no impliquen riesgo o peligro para el menor, ni menoscabo a su dignidad, durante horas que no interfieran su asistencia a la escuela o a su jornada de trabajo»⁵¹¹.

El artículo 35 establece que «La acción civil para el pago de daños y perjuicio ocasionados por la infracción cometida por un menor, deberá promoverse ante el juez

⁵⁰⁸ Código de la Niñez y de la Adolescencia, Decreto n.º 73-96, www.bvs.hn/bva/fulltext/Leyes_honduras.

⁵⁰⁹ Código de la Niñez y de la Adolescencia, Decreto n.º 73-96, www.bvs.hn/bva/fulltext/Leyes_honduras.

⁵¹⁰ Código de la Niñez y de la Adolescencia, Decreto n.º 73-96, www.bvs.hn/bva/fulltext/Leyes_honduras.

⁵¹¹ Ley del Menor Infractor, Decreto n.º 863, de la Asamblea legislativa de la República de El Salvador, www.childsrighs.org/html/site_fr/law_download.php?id=193

competente, con base en las normas del proceso civil, independientemente de lo dispuesto en la resolución del juez de menores. La responsabilidad civil derivada de un accidente de tránsito se deducirá con base en la Ley de Procedimientos Especiales sobre Accidentes de Tránsito»⁵¹².

El artículo 37 que regula la remisión estableciendo que «El juez podrá examinar la posibilidad de no continuar el proceso, cuando el delito estuviese sancionado en la legislación penal con pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a tres años, con base en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo. Si el juez considera que no procede la continuación del proceso, citará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con ellas, resolverá remitir al menor a programas comunitarios con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice, si no existiere acuerdo entre las partes, se continuará con el proceso»⁵¹³.

El artículo 51 establece que «La persona directamente ofendida por la infracción podrá participar en el procedimiento, solamente para efecto de la conciliación o del desistimiento; además podrá estar presente en la vista de la causa. Iguales facultades tendrán el cónyuge o el conviviente, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y el adoptante o adoptado del ofendido cuando la infracción haya provocado la muerte de éste»⁵¹⁴.

El artículo 59 regula la conciliación estableciendo que se admiten a conciliación todos los delitos o faltas excepto los que afecten intereses difusos de la sociedad. El arreglo conciliatorio procede de oficio, a instancia de parte, a petición del ofendido o víctima, siempre que existan indicios o evidencias de la autoría o participación del menor, y no concurren causales excluyentes de responsabilidad; sin que ello implique aceptación de la comisión por parte del menor. La conciliación procede ante la Fiscalía General de la República o ante el juez de menores, mientras no se haya decretado la resolución que aplique medidas en forma definitiva al menor. En el artículo 60 se esta-

⁵¹² Ley del Menor Infractor, Decreto n.º 863, de la Asamblea legislativa de la República de El Salvador, www.childsrights.org/html/site_fr/law_download.php?id=193

⁵¹³ Ley del Menor Infractor, Decreto n.º 863, de la Asamblea legislativa de la República de El Salvador, www.childsrights.org/html/site_fr/law_download.php?id=193

⁵¹⁴ Ley del Menor Infractor, Decreto n.º 863, de la Asamblea legislativa de la República de El Salvador, www.childsrights.org/html/site_fr/law_download.php?id=193

blece que la conciliación es un acto voluntario entre el ofendido o la víctima y el menor, quienes son las partes necesarias en la conciliación. Para el cumplimiento de las obligaciones de contenido patrimonial podrá obligarse a cualquier persona. No podrá autorizarse la conciliación cuando vulnere el interés superior del menor⁵¹⁵.

El artículo 72 establece que «Cuando la Fiscalía General de la República resolviere no promover la acción, o no cumpliera con el término establecido para la investigación, la parte ofendida o su representante legal, podrán solicitar al juez para que requiera del fiscal las diligencias de la investigación. Vistas las diligencias, si el juez considera que lo dispuesto por el fiscal está conforme a derecho, así lo declarará y notificará al que lo solicitó; caso contrario, recurrirá al fiscal para que promueva la acción, si no lo hiciere iniciará el trámite judicial e informará para efectos de las sanciones disciplinarias o penales a que hubiere lugar. Si el juez considera necesario ampliar la investigación, ordenará que se remitan las actuaciones a la Fiscalía General de la República, la que deberá ser realizada por un fiscal diferente al que la practicó inicialmente, en un período adicional que no podrá exceder de treinta días. Si ampliada la investigación, se ratificare la resolución inicial y ésta fuere conforme a derecho, el juez deberá resolver de conformidad a lo dispuesto por la Fiscalía General de la República»⁵¹⁶.

1.3. Nicaragua

El artículo 98 del *Código de la Niñez y de la Adolescencia de Nicaragua* establece que: Son principios rectores de la Justicia Penal Especial del Adolescente, el interés superior del adolescente, el reconocimiento y respeto a sus derechos humanos, la protección y formación integral, la reinserción en su familia y en la sociedad y las garantías del debido proceso, lo mismo que la protección de los derechos e intereses de las víctimas u ofendidos del delito»⁵¹⁷.

⁵¹⁵ Ley del Menor Infractor, Decreto n.º 863, de la Asamblea legislativa de la República de El Salvador, www.childsrightrights.org/html/site_fr/law_download.php?id=193

⁵¹⁶ Ley del Menor Infractor, Decreto n.º 863, de la Asamblea legislativa de la República de El Salvador, www.childsrightrights.org/html/site_fr/law_download.php?id=193

⁵¹⁷ Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua., www.oit.org.pe/.../codigo_de_la_ninez_y_la_adolescencia._nicaragua.doc.

El artículo 121 establece que: La víctima u ofendido será tenido como parte en el proceso y podrá interponer los recursos correspondientes cuando lo crea necesario para la defensa de sus intereses. Podrá comparecer por sí mismo o representada por un abogado»⁵¹⁸.

El artículo 154 establece que: La Procuraduría General de Justicia es el órgano encargado de realizar la investigación y de formular la acusación cuando exista motivo para hacerlo. Además aportará las pruebas que demuestren la responsabilidad del adolescente. Todo esto sin perjuicio del derecho que la víctima u ofendido tiene de acusar directamente por medio de un representante legal en los casos de delitos de acción privada y acción pública a instancia privada ante el Juez respectivo con las facultades, atribuciones y responsabilidades de la Procuraduría General de Justicia y del derecho de recurrir a la vía civil correspondiente, en cualquier clase de delitos. El Juez Penal de Distrito del Adolescente será el encargado de valorar el contenido de la acusación y controlar la legalidad de la actividad de la parte acusadora.

El artículo 160 establece que: Cuando el representante de la Procuraduría General de Justicia solicite la desestimación o el sobreseimiento, el Juez Penal de Distrito del Adolescente, previo dictamen de la víctima u ofendido resolverá conforme a Derecho. De la resolución la Procuraduría y la víctima u ofendido podrán recurrir a la apelación, la cual se tramitará conforme al procedimiento ordinario del presente Código.

El artículo 199 en relación a la prestación de servicios a la comunidad establece: La prestación de servicios a la comunidad consiste en realizar tareas gratuitas, de interés general en entidades de asistencia pública como hospitales, escuelas y parques. Las tareas deberán asignarse según las aptitudes del adolescente y se cumplirán durante cuatro horas semanales, como mínimo, procurando realizarse los sábados, domingos y días feriados o en días hábiles, pero sin perjudicar la asistencia a la escuela o la jornada normal de trabajo y que no impliquen riesgos o peligros para el adolescente ni menoscabo a su dignidad. Los servicios a la comunidad deberán prestarse durante un período máximo de seis meses.

⁵¹⁸ Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua., www.oit.org.pe/.../codigo_de_la_ninez_y_la_adolescencia._nicaragua.doc.

El artículo 200 en relación a la reparación del daño establece: La reparación de los daños a la víctima del delito consiste en resarcir, restituir o reparar el daño causado por el delito. Para repararlo, se requerirá del consentimiento de la víctima. Con el acuerdo de la víctima la medida podrá sustituirse por una suma de dinero que el Juez Penal de Distrito del Adolescente fijará, la cual no podrá exceder de la cuantía de los daños y perjuicios materiales ocasionados por el hecho. La medida se considerará cumplida cuando el Juez penal del Distrito del Adolescente determine que el daño ha sido reparado en la mejor forma posible.

2. Sudamérica

En *Sudamérica* se sigue principalmente el *Sistema de Derecho Continental*. Observamos como en general estamos ante sistemas altamente estructurados y formales, que dependen fuertemente del encarcelamiento y de los poderes del Estado para mantener el orden. A pesar de ello, la regulación establecida en diferentes países, como son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia y Perú, abre la puerta al nuevo *paradigma restaurativo*.

2.1. Argentina

En Argentina, según Lynette Parker en su artículo *El uso de Prácticas Restaurativas en América Latina*⁵¹⁹, como consecuencia del movimiento de resolución alternativa de conflictos (RAC) en materias civiles y comerciales, los operadores del sistema penal deciden iniciar proyectos pilotos en mediación penal en la provincia de Buenos Aires. En 1998, el Ministerio Nacional de Justicia de Argentina y la Escuela de Derecho de la Universidad de Buenos Aires se unieron para iniciar un plan piloto de mediación penal en la provincia de Buenos Aires. No encontramos en el *Código Procesal Penal de la Nación Argentina* ninguna disposición expresa sobre justicia restaurativa. Por otro lado, en la Ley N° 24.543 denominada *Mediación y Conciliación* promulgada el 25 de octubre de 1995, en su artículo 2, se exceptúa expresamente el uso de la mediación en materia penal.

⁵¹⁹ PARKER, L., «El Uso de Prácticas Restaurativas en América Latina», *Justicia Restaurativa en Costa Rica: acercamientos teóricos y prácticos*, I Congreso de Justicia Restaurativa, Confraternidad Carcelaria Internacional, San José, Costa Rica, Junio de 2006.

Destacar la labor realizada en Argentina por Aida Kemelmajer de Carlucci⁵²⁰ en torno a la justicia restaurativa en Argentina.

2.2. Bolivia

El artículo 243 de la *Ley n.º 2026 del Código de la Niño, Niña y Adolescente de la República de Bolivia, de 27 de octubre de 1999*, establece en relación a la prestación de servicios a la comunidad establece que «Consiste en tareas prestadas gratuitamente por el adolescente en beneficio de la comunidad, en entidades asistenciales, hospitales, escuelas u otros establecimientos similares, así como en programas comunitarios o estatales, por un período no mayor a seis meses. Las tareas serán asignadas de acuerdo con las aptitudes del adolescente y deberán ser efectuadas en jornadas máximas de ocho horas semanales con las garantías previstas en el presente Código. Estas jornadas podrán cumplirse los días sábados, domingos y feriados o en días hábiles de la semana, de manera que no perjudiquen la asistencia a la escuela o la jornada normal de trabajo. En ningún caso y bajo ningún concepto será aplicada esta medida sin que el Juez explique al adolescente los fundamentos y alcances de la misma»⁵²¹.

2.3. Brasil

En Brasil, en el año 1995, la *Ley Federal Brasileña nº 9099* permitió la mediación y la conciliación penal. La *Ley de Tribunales Especiales en lo Criminal y en lo Civil*, crea Tribunales Especiales para la Conciliación. El artículo 116 en relación a la obligación de reparar el daño establece: «Tratándose de actos infraccionales con efectos patrimoniales, la autoridad podrá determinar, si fuera el caso, que el adolescente restituya la cosa, promueva el resarcimiento del daño, o por otra forma compense el perjuicio a la

⁵²⁰ Aída Kemelmajer de Carlucci, es una jurista argentina, miembro de la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Mendoza; es Doctora en Derecho de la Universidad de Mendoza, miembro de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencia de Buenos Aires y Córdoba, Academia Argentina de Ética en Medicina y Asociación Argentina de Derecho Comparado. Es también Miembro honoraria de la Real Academia de Derecho y Legislación de Madrid. En 2016 recibió el Premio Konex de Brillante como la más destacada personalidad en Humanidades de la última década en Argentina, una de las máximas distinciones que se otorgan en dicho país en la actividad de las ciencias sociales.

⁵²¹ Ley del Código del Niño, Niña y Adolescente de la República de Bolivia, Ley N° 2026 de 27 octubre 1999, www.unicef.org/bolivia/.../legislation_2007.htm.

víctima. Parágrafo único: Habiendo manifestado imposibilidad, la medida podrá ser sustituida por otra adecuada».

2.4. Chile

En Chile, actualmente existe un sector grande de la población que considera que el sistema judicial, no tiene la capacidad de formular soluciones duraderas y pacíficas, y se tiende a llevar todo a juicio. No obstante, se está considerando promulgar leyes que abren las oportunidades a elementos de carácter reparatorio, ya que se pone mayor énfasis en mecanismos comunitarios, introduciendo la mediación en las escuelas y se pretende incluir acuerdos de tipo reparatorio en el nuevo código procesal penal. No sucede lo mismo con el sector no gubernamental, donde las Universidades como la Universidad Católica de Temuco, en el año 1998 crea el Centro para la Resolución Alternativa de Conflictos (CREA).

El sistema jurídico debe tener tres pilares, a saber: juicio penal, las cortes y el acceso a la justicia y el derecho a la defensa, declaró Alejandro Salinas de la Oficina de Defensa Pública de Chile. La reforma del sistema de justicia penal de Chile, la cual comenzó en 2000, incluye servicios de ayuda jurídica a todos los acusados de delitos. En el viejo sistema de justicia penal, caracterizado por el interrogatorio, el secreto y los juicios escritos, los fiscales y las instituciones eran una y la misma.

2.5. Colombia

En Colombia, con la implantación del sistema penal acusatorio con un nivel más elevado del que había sido emitido desde la Constitución de 1991, que era mixto, porque determinaba funciones jurisdiccionales al Ministerio Fiscal, se dicta el *Código de Procedimiento Penal de Colombia* que consagró la *justicia restaurativa* en su artículo 518 definiendo la *justicia restaurativa* «como todo proceso en que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente en forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador». Por resultado restaurativo define «el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las par-

tes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad»⁵²².

2.6. Perú

En la legislación de Perú nos encontramos con la Ley n° 27337⁵²³, del año 2000 que aprueba el Nuevo del *Código de los Niños y Adolescentes* de la República del Perú y deroga el *Código de los Niños y Adolescentes* de 1992, aprobado por Decreto Ley 26.102⁵²⁴.

Dentro del *Libro IV* relativo a la *Administración de Justicia especializada en el niño y adolescente*, el *Capítulo V Investigación y Juzgamiento*, el *artículo 215* relativo a los *Fundamentos* establece que «El Juez al emitir sentencia tendrá en cuenta: a) La existencia del daño causado; b) La gravedad de los hechos; c) El grado de responsabilidad del adolescente; y d) El informe del Equipo Multidisciplinario y el informe social». El *artículo 216 Contenido* establece «La sentencia establecerá: a) La exposición de los hechos; b) Los fundamentos de derecho que considere adecuados a la calificación del acto infractor; c) La medida socio-educativa que se imponga; y d) La reparación civil». El *artículo 219 Apelación* establece «La sentencia será notificada al adolescente, a sus padres o responsables, al abogado, a la parte agraviada y al Fiscal, quienes pueden apelar en el término de tres días, salvo que se le imponga al adolescente la medida de internación la cual le será leída. En ningún caso, la Sentencia apelada podrá ser reformada en perjuicio del apelante. La parte agraviada sólo podrá apelar la reparación civil o la absolución. Admitido el recurso de apelación, el Juez elevará los autos dentro de veinticuatro horas contadas desde la concesión del recurso. La apelación no suspende la ejecución de la medida decretada».

⁵²² Grupo de Investigación Justicia Restaurativa de la Universidad Pontificia Bolivariana de Colombia.

⁵²³ La Ley N° 27337 del año 2000 que aprueba el Nuevo del *Código de los Niños y Adolescentes* de la República del Perú está compuesta de un Título Preliminar y 4 Libros (Libro I Derechos y Libertades; Libro II Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente; Libro III Instituciones Familiares y el Libro IV Administración de Justicia especializada en el niño y el adolescente), Disposiciones Transitorias y Finales. www.monografias.com/.../códigos/códigos.shtml. *Código de los Niños y Adolescentes. República del Perú*.

⁵²⁴ UNICEF, *La Convención sobre los Derechos del Niño 15 años después, América Latina*, UNICEF Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Panamá, 2004, pág. 15.

Dentro del Capítulo VII relativo a las *Medidas Socio-Educativas*, el artículo 232, en relación a la *Prestación de Servicios a la Comunidad* establece que «La Prestación de Servicios a la Comunidad consiste en la realización de tareas acordes a la aptitud del adolescente sin perjudicar su salud, escolaridad ni trabajo, por un período máximo de seis meses; supervisados por personal técnico de la Gerencia de Operaciones de Centros Juveniles del Poder Judicial en coordinación con los Gobiernos Locales».

c. Sistema Escandinavo

Dentro del *Sistema de Derecho Continental* nos encontramos con el *Sistema Escandinavo*⁵²⁵ aplicable en Dinamarca, Noruega, Finlandia, Suecia⁵²⁶ e Islandia. A diferencia de muchos otros países, la *mediación* en Finlandia tiene lazos fuertes con el trabajo social y juvenil, conforme indicó el representante de Finlandia en el *Seminario sobre la Potenciación de la Justicia Penal*, donde se trataron diferentes aspectos de la reforma a la justicia penal, incluyendo el papel de la *mediación*, los derechos de las víctimas y los esfuerzos comunitarios. La mediación ofrece a las víctimas del delito una oportunidad para reunirse con los delincuentes y explicar el resultado de los delitos, mientras, al mismo tiempo, les dan a los delincuentes la oportunidad de hacer enmiendas por los daños causados. Hay muchas ventajas en la mediación que no se pueden negar: se llegan a acuerdos más rápidos y a un costo más bajo, los delincuentes son motivados a compensar por los daños y se promueven los derechos de las víctimas.

d. Sistema Latino-africano

También dentro del *Sistema de Derecho Continental* cabe destacar el *Sistema Latino-africano*⁵²⁷ que se aplica en Benin, Burundi, Cabo Verde, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial, Madagascar, Mozambique, República Centroafricana, Ruanda, Santo Tomé y Príncipe, Togo y Zaire.

⁵²⁵ Los países en los que se aplica el Sistema Escandinavo encontraron en la tradición germánica el desarrollo de su sistema.

⁵²⁶ NEHLIN, C., *Victim – offender mediation in Sweden: a nation-wide pilot scheme*, Newsletter of the European Forum for Victim – offender mediation and Restorative Justice, vol. 1, parte 1, junio 2000, pp. 1 y ss.

⁵²⁷ Los Sistemas Latino-africanos, marcados por una fuerte influencia cultural europea-continental derivan de su pasado colonial, sumada a la pervivencia de gran variedad de costumbres tribales nativas.

C. SISTEMA DE DERECHO ANGLOSAJÓN

Dentro del *Sistema de Derecho Anglosajón* nos encontramos principalmente con los programas desarrollados en Canadá, Estados Unidos y Reino Unido.

Sistemas basados en el *derecho anglosajón* o provenientes de la corriente de éste se aplican en Inglaterra, Gales, Irlanda y gran parte de las antiguas colonias del Reino Unido, incluyendo Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda y Canadá (con la excepción de Quebec, provincia en la cual se emplea el sistema de derecho continental en el derecho civil y el derecho anglosajón en el derecho penal).

En los Estados Unidos está la excepción del estado de Luisiana, el cual, a consecuencia de su herencia francesa, usa un sistema de derecho continental. En Asia, Hong Kong (como antigua posesión británica) también utiliza un sistema de derecho anglosajón, lo cual está garantizado por su constitución, que asegura que éste se mantendrá vigente (pese a que la soberanía ha retornado a China), al igual que en la India, Malasia y Singapur.

En África se emplea igualmente el sistema de derecho anglosajón. En Escocia también se usa un derecho mixto entre continental y anglosajón, aunque en este caso, a diferencia del de Quebec, la diferenciación no se efectúa sobre la base de la rama del derecho que se aplique (penal o civil), sino que prácticamente se trata de un sistema integral y diferenciado, pero desarrollado sobre la base de las influencias de otros sistemas.

a. Sistema anglosajón

1. Canadá

En Canadá, la idea de los enfoques alternativos a la justicia en las comunidades aborígenes se inició en el Yukón, territorios del Noroeste, Ontario y Manitoba. Actualmente existen numerosos *proyectos de justicia restaurativa* inspirados en la cultura indígena en todo Canadá. Estos programas ofrecen alternativas al sistema tradicional basado en la justicia retributiva⁵²⁸.

La *Ley Constitucional de 1982* de Canadá establece en su artículo 35.1 que se reconocen y confirman «los derechos existentes» - ancestrales y dimanantes de los Tratados – de los pueblos aborígenes⁵²⁹, y en su artículo 35.2 que «por los pueblos aborígenes de Canadá» se entiende los indígenas, los inuis y los métis de Canadá⁵³⁰.

Los programas más importantes que encontramos en Canadá son las *Sentencias Circulares*, el *Kwanlin Dun*, *Proyecto de Justicia Comunitaria* y el *Programa de Sanación Holística de Manitoba*.

Yvon Danduran del *Centro Internacional de Reforma del Derecho Penal y Política de Justicia Penal de Canadá*, en el *Seminario sobre Potenciación de la Justicia Penal* en el que se subrayó la necesidad de la *justicia restaurativa* como alternativa al encarcelamiento, declaró que «los últimos cinco años han significado un periodo de cambios intensos y de adaptación para la mayoría de los sistemas de justicia penal de todo el

⁵²⁸ GRIFFITHS, TC, «Sanación y curación: la justicia restaurativa en las comunidades aborígenes del Canadá», *Revista Internacional de Estudios Comparados y Aplicada de justicia penal*, Canadá, 1996, pág. 195 a 202.

⁵²⁹ El término *aborigen* se viene utilizando desde 1980 y es lo que entendemos como *indios* –así están denominados en la Constitución de Canadá-, en los que se engloba a los pueblos abenaki, akaitcho, algonquino, anishinaabe, athapaskan, atikamekwa, blackfoot, cayuse, chippewa, colville, cowichan, cree, deh cho, ditidaht, dogrib, dunneza, gitksan, gwich'in, haida, haisla, heitsuk, hurónwendat, iroquois (onondaga, cayuga, seneca, oneida, tuscarona y mohawk), kaska, katzie, ktunaxa, kutchin, kwantlen, kwakiutl, lubicon cree, malecita, micmac, montagnais, musqueam, naskapi, nacho nyak dun, nakoda, nicola, nisga'a, nuxálk, odawa, ojibway-chippewa, okanagan, oneida, palus, potawatomi, shatu, sinixt, st'at'imc, tahlтан, tanana, tasltine, tlingit, tsimshian, tsuu t'ina, walastakwewinowok, wasco, wishram, yakima y yupik.

⁵³⁰ Ministro de Obra Pública y Servicios Gubernamentales de Canadá: *La resolución de reivindicaciones aborígenes: Guía práctica de las experiencias canadienses*, Ottawa, 2003, pág. 1.

mundo. Proporcionando un panorama general, mencionó que, «para muchos países en desarrollo, ha sido abrumador el volumen total de las reformas de justicia penal que se requieren para mantener la paz con el resto del mundo. En muchas partes del mundo las instituciones encargadas de hacer cumplir la justicia y el derecho no han sido capaces de mantener con transparencia la seguridad pública básica. Desarrollar una justicia fuerte y la capacidad de mantener la seguridad pública es difícil, y a menudo es precario el éxito de reformas amplias»⁵³¹.

El juez canadiense Heino Lilles, Juez de la Corte Territorial de Yukón y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Kingston ha trabajado durante 20 años con la población aborigen de Yukón, al noroeste del país, donde se ha implementado un sistema integral de justicia que involucra a la víctima y al victimario, haciendo esfuerzos por cambiar la forma de abordar la criminalidad en Canadá.

Los *círculos de justicia* son, según el juez Heino Lilles, una forma efectiva de ejercer justicia y, a la vez, de curar las heridas de los involucrados: víctima, agresor y comunidad. Algunas comunidades aborígenes sugirieron que el consejo de ancianos se sienta junto a los jueces a la hora de definir las sentencias y que les recomienden cómo deberían ser estas. La segunda recomendación fue la instalación de los círculos de justicia o sentencia en círculos⁵³². En el círculo todas las personas se sientan de forma circular --incluyendo al agresor, la víctima y otras personas de la comunidad-- para tratar de conseguir un consenso sobre cómo solucionar la situación. En el círculo todos tienen un mismo nivel, incluso el juez quien escucha las opiniones de los demás está al mismo nivel que ellos. La víctima al tener voz en el proceso se siente más segura y apoyada.

En relación al funcionamiento del círculo Llegar a desarrollar sentencias en círculos toma varias sesiones y es un trabajo de una carga emotiva muy fuerte. Por eso el mecanismo no se usa para casos menores, solo se ven los más graves. Durante el círculo se produce el apoyo a las víctimas, la identificación de la comunidad con la víctima y el agresor, pero también está el desarrollo de la comunidad, porque este sistema ayuda a entender sus problemas para erradicarlos.

⁵³¹ Seminario sobre Potenciación de la Justicia Penal.

⁵³² Entrevista en el marco del Seminario Experiencias de Mejora en Acceso a la Justicia, organizado por el Instituto de Defensa Legal (IDL).

Las comunidades aborígenes sienten que la justicia formal es impersonal, en la que el juez les dice qué deben hacer y se va. Por el contrario, en el círculo están presentes todos y los protagonistas pueden convivir con los resultados.

La comunidad es la que decide qué tipo de agresores pueden ir al círculo de justicia. Ellos (los agresores) primero deben pasar por la evaluación de un comité y luego esa decisión tiene que ser aceptada por la corte. El *consejo de la comunidad* determina ciertas normas para el agresor, le puede decir qué cosa puede hacer y cuáles no. Solo después de que el agresor convence a su comunidad que puede cambiar, es elegible para un círculo de justicia.

En el círculo el agresor debe disculparse ante la víctima, reconocer sus actos y cumplir la sentencia que impone la comunidad. La sentencia implica muchas restricciones y cambios en el estilo de vida del agresor.

Actualmente muchos académicos y juristas de Canadá están considerando estos programas. Nosotros reconocemos que el sistema formal de justicia no funciona porque se basa en el castigo, en la creencia que este puede reducir el índice de criminalidad, pero eso es falso. Por ejemplo, Estados Unidos tiene un sistema de justicia basado en el castigo, pero tiene altos índices de delitos y de gente en las cárceles. En toda Canadá, los aborígenes representan el 3,5% y, sin embargo, son el 20% de los reos.

Las altas tasas de criminalidad en la población aborígen se deben según el Juez, a las múltiples experiencias traumáticas que han padecido de parte del Gobierno, las que estaban destinadas a asimilarlos al estilo de vida de la población blanca. Se hicieron procesos como el de las escuelas-misiones --que acabaron en los años 60-- que reclutaban a los aborígenes a partir de los 5 años, separándolos de sus padres. Estos niños sufrían muchos abusos y se sentían desadaptados porque tampoco podían encajar dentro de la sociedad blanca dominante. Además hay un componente educativo: por ejemplo, de los más de 2 mil jueces que hay en Canadá menos de 10 son aborígenes⁵³³.

⁵³³ A la luz de las investigaciones realizadas parece que Canadá sigue manteniendo una clara política discriminatoria con sus pueblos originarios, incluido el recorte de los fondos federales a los pue-

2. Reino Unido

En Gran Bretaña, y más específicamente en Inglaterra y Gales, desde 1997 se introdujo una reforma global al sistema de justicia juvenil, que implantó los lineamientos básicos de la *justicia restaurativa* a través de dos textos normativos: la *Crime and Disorder Act* (1998) y la *Youth Justice and Criminal Evidence Act* (1999). Estos instituyen en el sistema inglés una serie de mecanismos y principios que pueden ser calificados como *restaurativos*, dentro de los cuales el que más destaca son los *Youth Offender Panels*. Ante estos paneles (que básicamente siguen el modelo neozelandés y el australiano de Waga Waga) deben concurrir tanto el ofensor, su familia y, si procede, la víctima y su círculo de apoyo; junto a dos miembros voluntarios de la comunidad y un miembro del equipo para la delincuencia juvenil local (*Young Offending Teams*, YOTs).

La idea que se encuentra tras ellos, es que en la audiencia los participantes puedan considerar, evaluar y deliberar en torno a las circunstancias que rodearon el acto delictivo y las implicancias que pudo tener respecto de la víctima, a fin de arribar a un acuerdo que contemple tanto un programa o procedimiento para corregir las causas que llevaron al joven a infringir la ley, como un plan destinado a reparar en la víctima y/o en la comunidad, los perjuicios que hayan recibido. Asimismo, por esta vía se busca provocar

blos indígenas. La historia de marginación y discriminación contra los pueblos originarios de Canadá viene de muy lejos, desde mucho antes de la independencia del país. Pero dado que en este libro nos estamos remitiendo a la etapa actual partiremos desde 1999.

Ese año, el Comité de Derechos Humanos de la ONU examinó al país para ver el grado de cumplimiento de una serie de reformas para mejorar la situación de las “poblaciones autóctonas” y, entre ellas, la aplicación del derecho a la autodeterminación. En este aspecto el gobierno canadiense, como es lógico siguiendo su trayectoria en la ONU, no había movido un dedo. Ni en este ni en ninguno, pese a reconocer que “la situación de las poblaciones indígenas sigue siendo el problema más apremiante de derechos humanos con que se enfrentan los canadienses”. [6] El Comité de la ONU volvía a insistir en ello y que, al menos, trasladase información al respecto a los pueblos originarios al tiempo que le reclamaba una mayor proporción de tierras y recursos a los pueblos originarios “y sus instituciones”, haciendo hincapié en que el derecho a la autodeterminación requiere, entre otras cosas, “que todas las poblaciones puedan disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, y que no se les prive de sus medios de subsistencia”. [7] Al mismo tiempo, instaba a Canadá a asignar los recursos suficientes para eliminar los obstáculos que impedían a los aborígenes disfrutar de los derechos económicos, sociales y culturales.

No es que el gobierno canadiense se diese mucha prisa en ello, pues hasta el año 2005 no llegó a un acuerdo con los pueblos originarios –el llamado Acuerdo de Kelowna, alcanzado tras año y medio de negociación- destinado a allanar las diferencias socioeconómicas entre canadienses originarios y no originarios. Pero, como suele ser habitual, dicho acuerdo no se cumplió. Se seguía así la tradición: firma de un acuerdo, antaño llamados tratados, e incumplimiento inmediato del mismo una vez lograda la “pacificación”. El Acuerdo de Kelowna se firmó al más alto nivel entre el gobierno federal, las provincias y territorios y los aborígenes con una duración de diez años para “romper el ciclo de pobreza” entre los indígenas. Al menos a cinco años de su firma, los resultados están a la vista según la ONU.

entre infractor y víctima la posibilidad de que se encuentren y dialoguen acerca de la situación que ha generado el conflicto, de su impacto, y de las implicancias, otorgándose la oportunidad a ambas partes de manifestar sus puntos de vista personales sobre las circunstancias que han rodeado el hecho.

Para el juez, es obligatorio remitir a los paneles todo caso que llegue a su conocimiento y en que el imputado sea una persona de entre 10 y 17 años, que se haya declarado culpable y no posea condenas judiciales anteriores. Si durante el desarrollo del panel, no se logra llegar a un acuerdo o éste no es aceptado por el joven, entonces el caso volverá al tribunal para que se dicte sentencia de acuerdo a las reglas de procedimiento común. No obstante, dado que la ley expresamente manifiesta la conveniencia de que el asunto se resuelva en el panel, sin la intervención del tribunal, permite que si el acuerdo no es alcanzado en una primera audiencia, pueda citarse a una nueva audiencia en la que nuevamente se desarrollen las gestiones tendientes a provocar el acuerdo, que el infractor puede cumplir voluntariamente. Si el infractor pudiera ser coaccionado a realizar acciones sin su consentimiento, entonces ya no nos encontraríamos frente a un caso de Justicia Restaurativa, sino de justicia retributiva y punitiva. Es importante destacar que la supervisión respecto al cumplimiento del acuerdo no recaerá en el juez sino en el YOT local, que habrá participado en el panel a través de un representante.

3. Nueva Zelanda: Las Conferencias Restaurativas

En Nueva Zelanda, nos encontramos con las *Conferencias Restaurativas*⁵³⁴ o *Conferencia de Grupos Familiares* es un programa de Justicia Restaurativa aprobado por el Gobierno de Nueva Zelanda en 1989 como alternativa voluntaria a la adjudicación formal, basada en las tradiciones de los maoríes, pueblo indígena de Nueva Zelanda.

Si nos detenemos a analizar la justicia restaurativa en Nueva Zelanda podemos apreciar como en su legislación la justicia restaurativa y sus principios inspirados en las tradiciones de la comunidad Maori, están presentes en el procedimiento penal, aplicán-

⁵³⁴ Nos remitimos en cuanto al estudio de las Conferencias Restaurativas a la investigación que se incluye en la parte de orígenes de la justicia restaurativa en la que se realiza una descripción detallada de las conferencias restaurativas. Así pues en el presente apartado nos centraremos en la legislación al respecto existente en Nueva Zelanda.

dose no solamente a menores sino también a adultos con los beneficios que ello conlleva para los infractores, las víctimas y la comunidad. Programa de Justicia Restaurativa aprobado por el Gobierno de Nueva Zelanda en 1989 como alternativa voluntaria a la adjudicación formal, basada en las tradiciones de los maoríes, pueblo indígena de Nueva Zelanda. El programa está disponible tanto para los delincuentes y no-indígenas aborígenes y se aplica en las zonas urbanas y rurales.

Si nos detenemos a analizar la justicia restaurativa en Nueva Zelanda podemos apreciar como en su legislación la justicia restaurativa y sus principios inspirados en las tradiciones de la comunidad Maori, están presentes en el procedimiento penal, aplicándose no solamente a menores sino también a adultos con los beneficios que ello conlleva para los infractores, las víctimas y la comunidad. A finales de los 70 y principios de los 80 las Conferencias de grupos familiares se establecen en las comunidades maoríes.

El *Acto de 1985 de justicia criminal* contempla los principios de la justicia restaurativa. Habla de compensación de la víctima, mejores maneras en los arreglos, consideración de cuestiones étnicas y culturales de la ofensa y el ofensor, reparación del daño psicológico y servicio comunitario entre otros.

En el *Acto de 1987 de víctimas de las ofensas* se reconoce a las víctimas el interés en el sistema de justicia criminal. Es una declaración de principios de las víctimas y su trato.

En 1989 se implanta la *Ley sobre Niños, Adolescentes y sus Familias* incorporándose a la legislación neozelandesa las denominadas *Conferencias de Grupo Familiar*. El objetivo de la ley es mediante reuniones de grupos familiares buscar una alternativa a las penas privativas de libertad. El proceso puede incluir a más de 30 personas, incluyendo las víctimas y sus familiares, el delincuente y sus familias, policías, directores de establecimientos educativos y trabajadores sociales.

El procedimiento es presidido por un coordinador especializado que prepara y dirige las reuniones, normalmente un trabajador del Departamento de Bienestar Social. El representante de la Policía describe el delito, en algunos casos, seguido de una plegaria, víctima e infractor expresan sus emociones y experiencias. Normalmente los delincuen-

tes responden al proceso admitiendo la comisión del crimen y expresando su arrepentimiento. Luego se instaura un plan de acción y de reparación conjunta. La última parte del proceso conlleva el acuerdo sobre el resarcimiento. Si las partes están conformes, se imparte la sentencia y el infractor es supervisado por un trabajador social de adolescentes. Finalmente los cargos contra él son retirados o reconsiderados, dependiendo del progreso y del cumplimiento del acuerdo.

Como afirma Carlos Brenes, aunque su legislación positiva lleva poco tiempo, los principios restaurativos se aplicaban en las culturas indígenas neozelandesas desde hace más de un siglo. Dado su éxito en la justicia penal juvenil se ha trasladado a adultos. En el ámbito del derecho comparado es una de las experiencias más enriquecedoras.

Comparte los principios de la *justicia restaurativa* general como son según Carlos Brenes, el alivio de las víctimas de los efectos del crimen, encarar las partes para establecer responsabilidades, ver el impacto del ofensor en la víctima, facilitar la forma de restauración a la víctima y la comunidad, buscar la reconciliación entre las partes. Los familiares de ambas partes participan.

La posibilidad y los beneficios de implantar estas Conferencias Restaurativas en la legislación española con las adaptaciones necesarias es una de las propuestas que propugnamos a la vista del éxito de esta técnica procesal y los beneficios para víctimas, delincuentes y sociedad.

Según las estadísticas de Carlos Brenes, en 1990 hubo 2.587 casos con jóvenes delincuentes, 71% menos que en 1989 y 78% menos que el promedio de la década anterior, además la cifra de jóvenes arrestados cayó del 29% en 1984 al 10% en 1990. En 1993 se había desarrollado 6.500 procesos por este medio y de ellos 6.200 habían llegado a un acuerdo, el 95% En 1994 se ve la posibilidad de aplicar este modelo en adultos.

Del análisis del proceso y del resultado de las investigaciones realizadas se desprende que el éxito del programa es la reunión entre la víctima y el delincuente para que éste sea consciente del daño que ha hecho. Ambas partes participaban en la restauración y el delincuente encontraba como restaurar el derecho del ofendido, la víctima encontraba respuesta a muchas de sus preguntas. ¿Por qué a mí. ¿Me pasará de nuevo? Estos

encuentros entre las partes para la retroalimentación son la clave de la justicia restaurativa.

En 1995 se crearon varios grupos de trabajo en conferencias de grupo. En 1997 se produce la reforma a petición del Ministro de Justicia para instaurar los principios restaurativos a la legislación. En 1998 se comienza a exigir como requisito del proceso criminal.

En relación a la *lista de derechos de las víctimas del parlamento* en 5 de octubre de 1999 cabe destacar que antes las víctimas eran consideradas únicamente en cuanto a sus necesidades, desde este manifiesto se le garantizan sus derechos en el proceso. Entre los derechos tutelados está el derecho a ser oído en el juicio.

Entre los resultados más notables destacar que de 5000 procesos juveniles son mantenidos cada año. Redujo la reincidencia, especialmente en los que se disculparon con sus víctimas sinceramente y en los que expresaron remordimiento. El 94% de los ofendidos están de acuerdo en participar en un proceso restaurativo. El 60% de las víctimas luego del proceso expresaron satisfacción. La mitad de los ofensores se sintieron mejor encarando la experiencia.

b. Sistema anglo-americano

1. Estados Unidos

A principios de 1.980, después de muchas reformas, se dieron cuenta de que a pesar del uso de costumbres y tradiciones Navajo el proceso se seguía caracterizando por el hecho de que el juez dictaba las resoluciones. En 1982, la Conferencia Judicial de la Nación Navajo⁵³⁵ estableció el Tribunal Pacificador como una alternativa a los cuatro Tribunales distintos de la Nación Navajo. El Tribunal pacificador tiene como fundamento el establecimiento de la paz⁵³⁶. En la tradición Navajo, cuando una persona era víctima de un delito se *hacía una demanda sobre el autor para poner las cosas bien*. La demanda se conocía como nalyeeh, Si la víctima no podía conciliarse con el delincuente, un familiar suyo intervenía, y en caso contrario intervenía el líder respetado de la comunidad para resolver pacíficamente el conflicto.

Los valores tradicionales que se esconden en el *Tribunal Pacificador* son: la igualdad de todos los participantes, la necesidad de hablar las cosas, la oración y en especial, el papel de guía de los Ancianos, la necesidad de identificar los problemas de fondo, la necesidad de dar soluciones y de llegar a un consenso, la necesidad de restablecer y mantener la solidaridad y la necesidad de restaurar la comunidad, la familia y el bienestar individual y la armonía social.

⁵³⁵ La Nación Navajo que abarca un territorio de 25.000 kilómetros cuadrados en los Estados de Arizona, Nuevo México y Utah, ha tenido su propio sistema de justicia hace mucho tiempo. Este sistema, sin embargo, se basa en la justicia al estilo occidental, con la familia y el clan siendo sustituida por la policía, abogados, jueces y tribunales. Los Navajos o Dine como ellos se llaman a sí mismos, que significa *el pueblo*, son la mayor tribu indígena de América del Norte.

⁵³⁶ SIÓN, JW., *Justicia Restaurativa Navajo: La Ley de Igualdad y la Justicia* en Galaway B. y J. Hudson, *Justicia Restaurativa Perspectivas Internacionales*, Monsey, Nueva York, Prensa de Justicia Penal, 1996, pág. 157.

c. Sistema anglo-africano

Se da en los siguientes países africanos: Camerún, Ghana, Kenia, Liberia, Namibia, Manalui, Nigeria, Seychelles, Sierra Leona, Tanzania, Uganda y Zambia.

Yemi Akinseye-George, ayudante especial del ministro de justicia de Nigeria, declaró en el *Seminario sobre Potenciación de la Justicia Penal* que el sistema de justicia penal de Nigeria sufrió notablemente durante décadas de control militar. Después de un retorno a la democracia en 1999, el ministro de justicia está poniendo en práctica un programa de 19 puntos para modernizar el sector de justicia del país. El programa de reforma incluye un mejor acceso a la justicia a través de la reducción del costo de la legislación y de la ayuda del fomento legislativo. También incluye la reforma interna del Ministerio de Justicia y la reducción del congestionamiento en las prisiones a través de medios alternativos de administración de justicia⁵³⁷.

⁵³⁷

Seminario sobre Potenciación de la Justicia Penal

D. SISTEMA HÍBRIDO

La designación de *mixto*, que ha sido preferida a *híbrido o compuesto*, no debe ser entendida en el sentido restrictivo que le fuera atribuido por ciertos autores. Se encontrarán en esta categoría aquellos países donde dos o más sistemas se aplican de manera acumulativa, como así también aquellos en los cuales hay una yuxtaposición de sistemas dado que los mismos se aplican simultáneamente a áreas más o menos diferenciadas:

- Sistemas mixtos de derecho civil y de common law como es el caso de Escocia, Filipinas, Quebec y Chipre.
- Sistemas mixtos de derecho civil y derecho constitucional como Japón, China, Ruanda, Corea, Congo y Etiopía entre otros.
- Sistemas mixtos de derecho civil y derecho musulmán como Irán, Iraq, Argelia, Palestina, Siria y Túnez.
- Sistemas mixtos de common law y de derecho consuetudinario en Hong Kong, Nepal, Uganda.
- Sistemas mixtos de common law y derecho musulmán como es el caso de Pakistán, Singapur y Sudán.
- Sistemas mixtos de derecho civil, musulmán y consuetudinario como Kuwait, Indonesia y Jordania.
- Sistemas mixtos de common law, musulmán y consuetudinario como Nigeria, India y Malasia.
- Sistema mixto de common law, civil y consuetudinario como Sri Lanka, Camerún.
- Sistema mixto common law, civil, musulmán y consuetudinario como Qatar, Somalia y Yemen.
- Sistema mixto de derecho civil, de common law, de derecho judío y de derecho musulmán como es el caso de Israel.

En este sentido, destacar el *Primer Congreso de la Asociación Asiática de Mediación* (AMA) que tuvo lugar en Singapur y cuyos miembros fundadores son: el *Centro de Mediación de Hong Kong*, el *Centro de Mediación de Indonesia*, el *Centro de Mediación de Malasia*, el *Centro Filipino de Mediación*, y el *Centro de Mediación de Singapur*. Posteriormente se unió a la AMA el *Centro de Mediación de Delhi*. Con una asistencia de más de 300 personas provenientes de 18 países, entre quienes figuraba el Premio Nobel de la Paz de 2008 y ex presidente finlandés, Martti Ahtisaari, el congreso puso de manifiesto el interés de sus fundadores en difundir *un mejor entendimiento de la forma en la que sociedad asiática gestiona y resuelve conflictos*⁵³⁸.

⁵³⁸

Recomendamos la lectura de los discursos del Premio Nobel de la Paz de 2008, así como el discurso del Ministro de Justicia y Vice-Ministro de Interior de Singapur, K. Shanmugam por la claridad con la que ambos explican el creciente y destacado protagonismo de *la mediación* como herramienta eficaz para resolver controversias de toda índole. Por último, destacar la presentación durante el transcurso de esta conferencia de un magnífico libro: *Una Perspectiva Asiática sobre Mediación*.

CAPÍTULO IX
MARCO JURÍDICO DE LA JUSTICIA
RESTAURATIVA EN ESPAÑA

**A. EL PARADIGMA RESTAURATIVO EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO ESPAÑOL**

Los capítulos anteriores dedicados al estudio e investigación de los instrumentos internacionales y europeos que específicamente se refieren a la *justicia restaurativa*, así como la investigación de este nuevo paradigma en el derecho comparado, nos permiten constatar que nos hallamos ante un *paradigma emergente*, que poco a poco, va saliendo a la luz, puesto que implica una nueva visión de la justicia y del derecho procesal. Profundizando en nuestro ordenamiento jurídico español⁵³⁹, podemos observar como realmente algunos artículos tanto en el ámbito del Derecho Público como en el ámbito del Derecho Privado, abren la puerta a este nuevo paradigma, aunque lo cierto es que sería necesario un cambio legislativo para que este paradigma fuera una preciosa realidad.

Si nuestros textos legales reflejaran el nuevo paradigma, podríamos hablar de justicia positiva, puesto que comprendería la regulación en nuestro derecho sustantivo y procesal de esta nueva visión de la justicia. Consideramos que en la actualidad, desde el estudio del derecho positivo no podemos ciertamente concluir que sea una realidad la aplicación de este nuevo paradigma. Por tanto, no consideramos que este término sea el adecuado para designar el nuevo movimiento. Las investigaciones realizadas ponen de manifiesto que es posible su aplicación a nuestro derecho sustantivo y procesal, como se indica en la Segunda Parte de este trabajo de investigación dedicada a la Justicia Restaurativa Aplicada. De ahí, que en un futuro podamos hablar de *justicia positiva* si nuestros textos legales reflejaran el paradigma restaurativo.

⁵³⁹ Entendemos por ordenamiento jurídico el conjunto total de normas jurídicas vigentes en una comunidad política determinada.

Dado que por motivos de mesura expositiva en el presente trabajo de investigación no es posible profundizar en la aplicación de la justicia restaurativa en cada uno de los órdenes jurisdiccionales y comentar las propuestas para una posible aplicación del *paradigma restaurativo* en cada uno de los ámbitos del Derecho, nos limitaremos en el presente capítulo a mencionar los diferentes artículos tanto en el marco del Derecho Público como en el Privado que pueden abrir la puerta a este nuevo paradigma.

a. El paradigma restaurativo en el ámbito del Derecho Público

En el ámbito del Derecho Público cabe destacar la importancia del Derecho Constitucional, Penal y Procesal y la posible incorporación del nuevo paradigma.

1. Derecho Constitucional: La Constitución Española de 1978

El *Derecho Constitucional* comprende el conjunto de normas e instituciones jurídicas fundamentales relativas a la organización y al ejercicio del poder político y a los derechos y libertades básicas de los ciudadanos⁵⁴⁰. Doctrinalmente se argumenta que el término «justicia» se puede entender en diferentes sentidos: jurídico, institucional y ético. El punto de partida lo encontramos en la definición de «justicia» como «virtud cardinal» que nos ofrece la Real Academia de la Lengua Española y por tanto, en la dimensión ética del concepto y su proyección en el plano jurídico e institucional. En sentido jurídico y en el marco de nuestro ordenamiento, el término «justicia» de conformidad con el Art. 10.2⁵⁴¹ y 96.1⁵⁴² de la Constitución Española de 1978, lo podemos encontrar en diferentes Tratados Internacionales.

⁵⁴⁰ AÑÓN, M.J. (JAVIER DE LUCAS, ANGELA APARISI, EMILIA BEA, ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ, FRANCISCO LÓPEZ, ERNESTO VIDAL), «Capítulo VIII Las ramas del ordenamiento jurídico», *Introducción a la Teoría del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pág. 187.

⁵⁴¹ El artículo 10.2 de la Constitución Española establece que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

⁵⁴² El artículo. 96.1 de la Constitución Española establece que «Los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional».

En nuestro Texto Fundamental, la Constitución Española de 1978 (*BOE* de 29 de diciembre de 1978)⁵⁴³, nos encontramos el término «justicia» en el Preámbulo y en los artículos 1, 31, 131 y 117. En nuestro ordenamiento jurídico podemos observar como se trata de un *valor superior* derivado de la redacción del artículo 1 del Texto Constitucional que establece que «España se constituye como un Estado Social y Democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político»⁵⁴⁴.

Los valores superiores del ordenamiento jurídico deben guiar la actividad de los poderes públicos en la praxis. Nuestro Tribunal Constitucional⁵⁴⁵ se ha referido a la Constitución como orden de valores (S.S.T.C. 25/1981⁵⁴⁶, 8/1983⁵⁴⁷ y 35/1987⁵⁴⁸, entre otras), y a la consecuencia inmediata de que su interpretación tenga un carácter teleológico, destinado a garantizar esos valores (S.S.T.C. 18/1981⁵⁴⁹, 32/1985⁵⁵⁰, 19/1988⁵⁵¹).

Los valores superiores como parámetro interpretativo no pueden, sin embargo, constituir un medio para dejar de aplicar otros preceptos constitucionales (S.T.C. 20/1987⁵⁵²), ni por lo común constituyen un canon interpretativo autónomo sino com-

⁵⁴³ Aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978. Sancionada por S.M. El Rey ante las Cortes el 27 de diciembre de 1978; entró en vigor el día de su publicación. Reformada en su artículo 13.2, el 27 de agosto de 1992 (*BOE* de 28 de agosto de 1992).

⁵⁴⁴ ALONSO OLEA, M., DÍEZ-PICAZO, L., GARCÍA DE ENTERRIA, E., GONZÁLEZ PÉREZ, J., MENÉNDEZ, A., RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Constitución Española de 1978*, Biblioteca de Legislación, Madrid, Civitas S.A., 2ª ed. 1986, pág. 13.

⁵⁴⁵ Ver Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional.

⁵⁴⁶ S.T.C. de 14 de julio de 1981 (Pleno) Recurso de inconstitucionalidad núm. 25/1981 (RI-4) Ponente: Magistrado D. Antonio Truyol Serra (B.O.E. de 13 de agosto de 1981).

⁵⁴⁷ S.T.C. 8/1983, de 18 de febrero (Sala Segunda) Recurso de Amparo núm. 240/1982 (RA-92) Ponente: Magistrado D. Jerónimo Arozamena Sierra (B.O.E. de 23 de marzo de 1983).

⁵⁴⁸ S.T.C. 35/1987 de 18 de marzo (Sala 1ª) Recurso de amparo núm. 27/1986 (RA-584) Ponente: Magistrado D. Eugenio Díaz Eimil (B.O.E. de 14 de abril de 1987).

⁵⁴⁹ S.T.C. de 8 de junio de 1981 (Sala Primera) Recurso de amparo núm. 101/1980 (RA-13) Ponente: Magistrado D. Rafael Gómez – Ferrer Morant (B.O.E. de 16 de junio de 1981).

⁵⁵⁰ S.T.C. 32/1985, de 6 de marzo (Sala 2ª) Recurso de amparo núm. 573/1983 (RA-302) Ponente: Magistrado D. Francisco Rubio Llorente (B.O.E. de 27 de marzo de 1985).

⁵⁵¹ S.T.C. 19/1988, de 16 de febrero (Pleno) Cuestión de inconstitucionalidad núm. 593/1987 (CI-56) Ponente: Magistrado D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León (B.O.E. de 1 de marzo de 1988).

⁵⁵² S.T.C. 20/1987, de 19 de febrero (Sala 1ª) Recurso de amparo núm. 1092/1985 (RA-571) Ponente: Magistrado D. Francisco Tomás y Valiente (B.O.E. de 4 de marzo de 1987).

plementario (S.T.C. 181/2000⁵⁵³), ni implican por si solos derechos susceptibles de amparo constitucional (S.T.C. 120/1990).

La justicia es «uno de los principios cardinales de nuestro Estado de Derecho» (S.T.C. 105/1994⁵⁵⁴), en dicho valor superior debe entenderse incluido el reproche de arbitrariedad (S.T.C. 65/1990⁵⁵⁵), pero no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo que permita sacrificar otra norma constitucional en aras de una *justicia material* (S.T.C. 20/1987), «ni que pueda identificarse unilateralmente con particulares modos de entender lo justo» (S.T.C. 181/2000). En el nuevo paradigma la virtud de la justicia en el plano jurídico se materializa en normas terapéuticas y restaurativas: fase de perdón en el proceso, conciliación familiar, etc. En ese sentido en la redacción prima el amor al ciudadano y la virtud de la justicia para contribuir así a la paz social.

En sentido institucional, el término «justicia» comprende el conjunto de instituciones encargadas de administrar justicia, es decir, el Poder Judicial, regulado en el Título VI de nuestro Texto Fundamental, la Constitución Española de 1978 (C.E.), concretamente en los artículos 117 a 127 desarrollados en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio; rectificación BOE núm. 264, de 4 de noviembre).

En el marco de nuestro ordenamiento jurídico español, podemos observar como este *paradigma restaurativo* encontraría acogida en diferentes preceptos tanto del Texto Constitucional, nuestra Constitución Española de 1978, como en otras Leyes y Reglamentos, en concreto, en los Art. 1.1, 9.2, 9.3, 10, 24, 25.2, 39, 43.2, 120.2 y 124 del Texto Constitucional. Reproducimos por su importancia en este aspecto tanto los artículos 24 y 25 como el artículo 124 de la Constitución Española, puesto que de su lectura se evidencia que puede abrir la puerta al paradigma restaurativo.

⁵⁵³ S.T.C. 181/2000, de 29 de junio (Pleno) Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 3536/1996, 47/1997, 1115/1997, 2823/1997, 3249/1997, 3297/1997, 3556/1997, 3949/1997, 5175/1997 y 402/1998. Ponente: Magistrado D. Pablo García Manzano (B.O.E. de 28 de julio de 2000).

⁵⁵⁴ S.T.C. 105/1994, de 11 de abril (Sala 1ª) Recurso de amparo núm. 2623/1991 Ponente: Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende (B.O.E. de 17 de mayo de 1994).

⁵⁵⁵ S.T.C. 65/1990, de 5 de abril (Pleno) Cuestión de inconstitucionalidad núm. 1166/1986 Ponente: Magistrado D. Álvaro Rodríguez Bereijo (B.O.E. de 7 de mayo de 1990).

El artículo 24 de la Constitución Española establece que «1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión⁵⁵⁶. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos»⁵⁵⁷.

El artículo 25 de nuestro Texto Fundamental preceptúa que: «1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento⁵⁵⁸. 2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad⁵⁵⁹. 3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad»⁵⁶⁰.

⁵⁵⁶ Ver artículos 53.1, 117.3, 118 y 120 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978; arts. 7 y 11.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y el artículo 2 de la ley de Enjuiciamiento Criminal promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

⁵⁵⁷ Ver artículos 437.2 y 438.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ); art. 118, 416, 688 a 731, 793.4 y 5 de la ley de Enjuiciamiento Criminal promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 (LECRIM); art. 46 Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (BOE número 122, de 23 de mayo de 1995).

⁵⁵⁸ Art. 1 de la ley de Enjuiciamiento Criminal promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 (LECRIM).

⁵⁵⁹ Ver LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y Reglamento Penitenciario aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero.

⁵⁶⁰ ALONSO OLEA, M., DÍEZ-PICAZO, L., GARCÍA DE ENTERRIA, E., GONZÁLEZ PÉREZ, J., MENÉNDEZ, A., RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Constitución Española de 1978*, Biblioteca de Legislación, Madrid, Civitas S.A., 2ª ed. 1986, pág. 19.

El artículo 124 de la Constitución Española que regula el Ministerio Fiscal establece que «1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. 2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. 3. La Ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. 4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial»⁵⁶¹.

El *paradigma restaurativo* entendido como política social aplicada supone un fortalecimiento de la cultura de la paz. Las investigaciones realizadas ponen de manifiesto que los elementos del proceso de mediación que más favorecen a su implementación gubernamental como política pública social según los grupos entrevistados son: la equidad, la pacificación, el acceso a la justicia y el diálogo⁵⁶². Sería recomendable un cambio legislativo incorporando el *derecho restaurativo* en nuestro ordenamiento, en los diferentes órdenes jurisdiccionales en beneficio de los ciudadanos, de la administración de justicia y de la sociedad en general.

⁵⁶¹ Ver art. 435 LOPJ; Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, (BOE núm. 11, de 13 de enero de 1982), modificada por la Ley 10/1995, de 24 de abril, por la que se crea la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción; art. 105, 781 y 785 bis LECRIM.

⁵⁶² CABELLO TIJERINA, P.A., *La mediación como política social aplicada al fortalecimiento de la cultura de la paz en México y España*, Tesis Doctoral, (Dir. MOLLINA CANO, J.,) Doctorado en Intervención Social y Mediación, Facultad de Trabajo Social, Universidad de Murcia, 2012, pág. 304.

2. Derecho Penal: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

El *Derecho Penal* lo podríamos definir como «el conjunto de normas jurídicas dictadas por el Estado, como titular de la potestad punitiva, con el fin de proteger de la delincuencia los bienes jurídicos relevantes, determinando los delitos, las penas con que se sancionan y las medidas que han de prevenirlos»⁵⁶³.

En el marco del nuevo paradigma de justicia restaurativa, cabe destacar en el ámbito del Derecho penal que «la función más noble del Derecho desde la perspectiva ética es contribuir a reducir el sufrimiento humano »⁵⁶⁴.

Nuestro Código Penal, en principio no responde a los postulados propios del paradigma restaurativo, pero algunos artículos entendemos que abren la puerta al nuevo paradigma. En concreto, tendría acogida desde la regulación establecida en los **Art. 21, 80, 83, 84, 87, 88, 90, 91, 95, 97, 105 y 130 del Código Penal**.

Reproducimos a continuación por su importancia los **Art. 21 relativo a la regulación de las circunstancias atenuantes**, el **artículo 80 relativo a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad** y el **artículo 130 relativo a las causas de extinción de la responsabilidad criminal**.

⁵⁶³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura*, Parte General, 2ª ed., Ed. Colex, 1999, pág. 15.

⁵⁶⁴ SEGOVIA BERNABÉ, J.L. «Propuestas ético-legales para avanzar en la justicia restaurativa y humanizar el sistema penitenciario», *Revista Corintios XIII*, VIII Congreso Nacional de Pastoral Penitenciaria, Madrid, 10 al 12 de septiembre de 2010, enero-junio 2011, n.º 137-138, pág. 326 y ss. José Luis Segovia Bernabé es Coordinador del Área jurídica de Pastoral Penitenciaria.

En el Libro I de nuestro Código Penal relativo a las *Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal*, dentro del Título I *De la Infracción Penal*, y del Capítulo III *De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal*, nos encontramos con la regulación establecida en el **artículo 21**⁵⁶⁵:

En concreto, el **art. 21.4ª del Código Penal dispone que es circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades**. En relación a esta atenuante de confesión temporánea del reo, cabe destacar que «esta circunstancia está integrada por dos requisitos: uno objetivo de conducta del culpable y otro como podemos ver temporal. El requisito objetivo lo señala el Código, si bien esta confesión ha de ser sincera (SS. 14-VI-80; 28-I-88; 5-XI-93; 22-IV-94). En cuanto al requisito temporal la Jurisprudencia lo interpreta como referencia no sólo a la formal incoación del sumario o diligencias judiciales, sino también a la práctica de diligencias por parte de la policía judicial (S. 15-II-81) en cuanto son antecedente propio de la instrucción judicial»⁵⁶⁶.

Por otra parte, el **art. 21.5ª dispone que es circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral**, 50/2008, de 29 de enero [LA LEY 17689/2008]. «En este sentido, señala 1479/2002, de 16 de septiembre [LA LEY 10206/2003], la circunstancia

⁵⁶⁵

«Artículo 21 del Código Penal. Son circunstancias atenuantes:

1. Las causas expresadas en el Capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.
2. La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2 del artículo anterior.
3. La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.
4. La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.
5. La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.
6. La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.
7. Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores».

⁵⁶⁶

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura*, Parte General, 2ª ed., Ed. Colex, 1999, pág. 237.

atenuante cuestionada (la atenuante de reparación), en la línea de las modernas corrientes del Derecho Penal, responde a unos claros criterios de política criminal y tiene un marcado carácter objetivo, así como unos amplios límites temporales para su efectividad»⁵⁶⁷.

Tal como recuerda la Sentencia 683/2007, de 17 de julio «la jurisprudencia de esta Sala ha entendido que, con independencia del requisito cronológico, **la atenuación se basa en razones de política criminal orientadas a la protección de la víctima**, por lo que ha exigido que la reparación sea significativa o de cierta eficacia».

Todo ello indica que «su fundamento se encuentra en el interés general de que sea satisfecha la víctima, y en una disminución de la necesidad de la pena a imponer, dado que la colaboración voluntaria del autor puede ser valorada como un indicio de su regeneración y disminución de su peligrosidad (851/2004, de 24 de junio [LA LEY 13733/2004]), o de un indicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de la pena (1517/2003, de 18 de noviembre [LA LEY 10931/2004]). Lo que pretende esta atenuante es incentivar el apoyo y ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal»⁵⁶⁸.

Para su posible estimación, no es preciso que la conducta del acusado suponga la plena reparación del daño causado con el delito, ni tampoco debe entenderse limitada a los aspectos de orden económico, 1479/2002, de 16 de septiembre [LA LEY 10206/2003], posibilitándose una reparación parcial, adecuada a la medida de la propia capacidad económica del acusado, 49/2003, de 23 de enero [LA LEY 1760/2003]⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, L., (Director) MARTÍNEZ GUERRA, A., (Coordinadora), COLINA OQUENDO, P., RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J., RODRÍGUEZ –RAMOS LADARIA, G., *Código Penal y Leyes Penales Especiales y Complementarias* (Concordado y comentado y con Jurisprudencia sistematizada), 3ª ed., Madrid, Ed. La Ley, 2009, pág. 180.

⁵⁶⁸ Ídem.....pág. 180.

⁵⁶⁹ Ídem.....pág. 181.

Así, de conformidad con la S.T.S. 31 de julio de 2009 «La atenuante de reparación puede ser estimada en ciertas circunstancias aunque la reparación no sea total, en particular cuando el acusado ha puesto de manifiesto haber realizado cuando estaba a su alcance para reparar el daño»⁵⁷⁰. Por tanto, vemos como según la Jurisprudencia no se exige que la reparación sea total. Asimismo, vemos como atenúa el devolver parte de lo sustraído (S. 21-IV-92)⁵⁷¹.

Por otra parte, «la reparación no sólo se refiere al resarcimiento de los perjuicios materiales, sino que **la jurisprudencia ha admitido la reparación moral o simbólica**, siempre que el acto reparatorio pueda considerarse significativo en relación con la índole del delito cometido. En este sentido, entre otras 100/2004, de 16 de septiembre [LA LEY 13910/2004], 145/2007, de 28 de febrero [LA LEY 8215/2007], 179/2007, de 7 de marzo [LA LEY 10723/2007], 683/2007, de 17 de julio [LA LEY 79567/2007] y 2/2007, de 16 de enero [LA LEY 79256/2007]»⁵⁷².

En el Libro I *Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal*, de nuestro Código Penal, Título III *De las Penas*, el Capítulo III *De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional*, dentro de la Sección 1ª *De la Suspensión de la Ejecución de las penas privativas de libertad*, contempla el **artículo 80 de nuestro Código Penal**⁵⁷³ que establece que «1. Los jueces o tribunales mediante resolución motivada, **podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad** no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos»⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ MARTÍNEZ ARRIETA, A., «La mediación como tercera vía de respuesta a la infracción penal», *Mediación Penal y Penitenciaria, 10 años de camino*, Madrid, Fundación Ágape, 2010, pág. 93.

⁵⁷¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura*, Parte General, 2ª ed., Ed. Colex, 1999, pág. 238.

⁵⁷² RODRÍGUEZ RAMOS, L., (Director) MARTÍNEZ GUERRA, A., (Coordinadora), COLINA OQUENDO, P., RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J., RODRÍGUEZ –RAMOS LADARIA, G., *Código Penal y Leyes Penales*....op. cit., pág. 181,

⁵⁷³ Artículo 80 redactado por el número treinta y nueve del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015.

⁵⁷⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, L., (Director) MARTÍNEZ GUERRA, A., (Coordinadora), COLINA OQUENDO, P., RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J., RODRÍGUEZ –RAMOS LADARIA,

En relación con este artículo podemos observar como «**la concesión del beneficio es una facultad discrecional del Tribunal. El art. 80 faculta, pero no obliga** (578/1998, 27 de abril [LA LEY 8245/1998], 200/2006, de 20 de febrero [LA LEY 18786/2006]»⁵⁷⁵.

Su fundamento se encuentra en el artículo 25.2 de la Constitución Española, por cuanto ha de evitarse el cumplimiento de las penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que en tales casos: «la ejecución de una pena de tan breve duración no sólo impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo (S.T.C. 209/93)»⁵⁷⁶.

En el Libro I *Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal*, de nuestro Código Penal, dentro del Título VII *De la Extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos*, el Capítulo I *De las causas que extinguen la responsabilidad criminal*, recoge el **artículo 130 del Código Penal** estableciendo en su apartado primero que

«Artículo 130 del Código Penal. 1. La responsabilidad criminal se extingue:

1. Por la muerte del reo.
2. Por el cumplimiento de la condena.
3. Por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 y 2 del artículo 87⁵⁷⁷.
4. Por el indulto.
5. **Por el perdón del ofendido, cuando se trate de delitos leves perseguidos a instancias del agraviado o la Ley así lo prevea.** El perdón habrá de ser

G., *Código Penal y Leyes Penales Especiales y Complementarias* (Concordado y comentado y con Jurisprudencia sistematizada), 3ª ed., Madrid, La Ley, 2009, pág. 171.

⁵⁷⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, L., (Director) MARTÍNEZ GUERRA, A., (Coordinadora), COLINA OQUENDO, P., RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J., RODRÍGUEZ –RAMOS LADARIA, G., *Código Penal y Leyes Penales Especiales y Complementarias* (Concordado y comentado y con Jurisprudencia sistematizada), 3ª ed., Madrid, La Ley, 2009, pág. 379

⁵⁷⁶ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura*, Parte General, 2ª ed., Ed. Colex, 1999, pág. 383.

⁵⁷⁷ Apartado 3º del número 1 del artículo 130 redactado por el número setenta y uno del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo), *Vigencia: 1 julio 2015*.

otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla. En los delitos contra menores o personal con discapacidad necesitados de especial protección, los jueces o tribunales, oído el ministerio fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena. Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección⁵⁷⁸.

6. Por la prescripción del delito.
7. Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad»⁵⁷⁹.

Como preceptos específicos sobre el perdón, el Código incluye los de los arts. 191.2 (agresiones, acoso o abusos sexuales), 201.3 (descubrimiento y revelación de secretos); 215.3 (calumnia e injuria), 267 (daños por imprudencia) y 639 (disposición común en las faltas)⁵⁸⁰.

Por último, señalar en el ámbito del Derecho Penal la importancia de avanzar en la humanización de las penas. En este sentido, como indica el profesor Juan Carlos Vegas: «Los trabajos en beneficio de la comunidad, al igual que la prisión en su día, suponen un paso más en la humanización de las penas. De esta manera, lo que se quiere alcanzar con esta sanción penal es que el individuo que comete un delito se dé cuenta de la verdadera dimensión de lo que ha hecho y que, en la manera de lo posible, repare el daño producido con su trabajo»⁵⁸¹

⁵⁷⁸ Apartado 5º del número 1 del artículo 130 redactado por el número setenta y uno del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). *Vigencia: 1 julio 2015*

⁵⁷⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, L., (Director) MARTÍNEZ GUERRA, A., (Coordinadora), COLINA OQUENDO, P., RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J., RODRÍGUEZ –RAMOS LADARIA, G., *Código Penal y Leyes Penales Especiales y Complementarias* (Concordado y comentado y con Jurisprudencia sistematizada), 3ª ed., Madrid, La Ley, 2009, pág. 485.

⁵⁸⁰ LUZÓN CUESTA, J. M.ª., *Compendio de Derecho Penal*, Parte General, Madrid, Ed. Dykinson, 2004, pág. 292.

⁵⁸¹ VEGAS AGUILAR, J.C., «Fundamentos, naturaleza jurídica y formas, de aplicación de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad», en *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género*, Valencia, Ed. Tirant, 2012, pág. 44.

2.1. Derecho Penitenciario: Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario

En cuanto a la *Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria* (B.O.E. número 239, de 5 de octubre de 1979)⁵⁸², observamos como distintos artículos especialmente el **art. 1, 59, 61, 72 y 73** encajan en las finalidades y objetivos que persigue la justicia restaurativa así como distintos artículos del *Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario* (B.O.E. número 40, de 15 de febrero; rectificación en B.O.E. número 112, de 8 de mayo de 1996).

El **artículo 1** de la *Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria*, dentro del Título Preliminar establece que «Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como **fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad**, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. Igualmente tienen a su cargo **una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados**»⁵⁸³.

Como hemos visto en el estudio de derecho comparado, en especial el modelo belga es una prueba fehaciente de que llevar la justicia restaurativa a la prisión es posible y de que es un enfoque más equilibrado hacia el crimen. Las instituciones penitenciarias españolas tienen mucho camino recorrido en cuestión de valores restaurativos, aunque en ocasiones no se sea consciente de ello: basta pensar en los módulos de respeto, en el trabajo que se hace para la mejora de la empatía de los internos o en la valiosa apertura de nuestras prisiones a la sociedad. Sólo poniendo un poco más de esfuerzo en la relación del interno con la víctima o con asociaciones de víctimas, sin caer en el peligro de reforzar actitudes vengativas, por supuesto, se lograrían resultados sorprendentes.

⁵⁸² MUERZA ESPARZA, J., *Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras normas procesales*, Colección Códigos Básicos, Navarra, Ed. Aranzadi, 2003, pág. 637

⁵⁸³ Destacar la relación de este artículo con el art. 25 de la Constitución Española, el art. 2 del Reglamento Penitenciario y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España el 13 de abril de 1977 (B.O.E., 30 de abril). Asimismo, la relación con la Orden INT/4067/2005, de 22 de diciembre, por la que se aprueban las bases reguladoras de concesión de ayudas asistenciales a internos en prisión, liberados condicionales y familiares de ambos y de ayudas para la realización de salidos programadas y concesión de permisos y recompensas para los internos en prisión, en el ámbito de competencias del Ministerio del Interior (B.O.E. 28 de diciembre).

Es un enfoque nuevo y no exento de dificultades pero los beneficios sociales pueden ser muchos.

Dentro del Título III *Del Tratamiento*, el **artículo 59** «1. **El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados.** 2. El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general»⁵⁸⁴.

El principio de libre aceptación del tratamiento y su voluntaria participación, lo encontramos en el **artículo 61** establece que «1. Se fomentará que el interno participe en la **planificación y ejecución de su tratamiento** y colaborará para, en el futuro, ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos. 2. Serán estimulados, en cuanto sea posible, el **interés y la colaboración de los internos en su propio tratamiento.** La satisfacción de sus intereses personales será tomada en cuenta en la medida compatible con las finalidades del mismo»⁵⁸⁵.

En cuanto al sistema adoptado para la ejecución de las penas privativas de libertad que se recoge en el **artículo 72 será el de individualización científica**, separado en grados, el último de los cuales es el de la libertad condicional:

« 1. Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal.

2. **Los grados segundo y tercero** se cumplirán respectivamente en establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto. Los clasificados en primer grado serán destinados a los establecimientos de régimen cerrado, de acuerdo con lo previsto en el número 1 del artículo 10 de esta Ley.

⁵⁸⁴ La relación con el art. 1 de la L.O.G.P., el art. 25.2 de la CE, el R.D. 190/1996, de 9 de febrero (B.O.E. 15 febrero Reglamento General Penitenciario, art. 110.

⁵⁸⁵ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura*, Parte General, 2ª Edición, 1999, Ed. Colex, pág. 481.

3. Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar directamente por los que le preceden.

4. En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión⁵⁸⁶.

5. La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición. Singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.

b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.

c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal.

6. Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse median-

⁵⁸⁶

El R.D. 190/1996, de 9 de febrero (*B.O.E.* 15 febrero Reglamento General Penitenciario, art. 100 a 109).

te una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades».

Dentro del Título IV de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el **artículo 73** regula el contenido de la *asistencia post-penitenciaria* disponiendo que «1. El condenado que haya cumplido su pena y el que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal debe ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos. 2. Los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica»⁵⁸⁷.

En relación al sistema penitenciario cabe destacar que «para juzgar y condenar se ha de tener conocimiento de las causas que originaron el delito y traer a la causa penal todas las circunstancias personales, familiares y sociales de los encausados y también de sus víctimas para su consideración jurídica individualizada. La función más noble del Derecho desde la perspectiva ética es contribuir a reducir el sufrimiento humano y ello es imposible sin un conocimiento total de todas las circunstancias concurrentes»⁵⁸⁸.

Por otra parte, destacar que «es imprescindible reformar la Ley Orgánica General Penitenciaria para dotar de cobertura de legalidad al régimen disciplinario sancionador, establecido hasta la fecha por vía reglamentaria. Por otra lado, sería conveniente acometer la limitación temporal del régimen cerrado»⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ MUERZA ESPARZA, J., *Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras normas procesales*, Colección Códigos Básicos, Navarra, 2003, Ed. Aranzadi, pág. 651.

⁵⁸⁸ SEGOVIA BERNABÉ, J.L. *Propuestas ético-legales para avanzar en la justicia restaurativa y humanizar el sistema penitenciario*, Revista Corintios XIII, VIII Congreso Nacional de Pastoral Penitenciaria, Madrid, 10 al 12 de septiembre de 2010, enero-junio 2011, n.º 137-138, pág. 326 y ss. José Luis Segovia Bernabé es coordinador del área jurídica de pastoral penitenciaria.

⁵⁸⁹ *Ibíd.*, pág. 326-327.

2.2. Derecho de las Víctimas: Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

En relación con la ayuda y la asistencia a las víctimas de delitos cabe destacar la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual (BOE núm. 296, de 12 de diciembre de 1995)⁵⁹⁰.

Asimismo, destacar la importancia de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. El Estatuto de la Víctima del Delito tiene la **vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos**, no obstante las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad. En línea con la normativa europea en la materia y con las demandas que plantea nuestra sociedad, pretende, partiendo del reconocimiento de la dignidad de las víctimas, la defensa de sus bienes materiales y morales y, con ello, los del conjunto de la sociedad. Se aglutina en **un único texto legislativo el catálogo de derechos de la víctima**, de un lado transponiendo las Directivas de la Unión Europea en la materia (Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos), y, de otro, recogiendo la particular demanda de la sociedad española.

En el Estatuto podemos ver como se incluye una referencia a la posible actuación de los **servicios de justicia restaurativa**. La actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio.

⁵⁹⁰ MUERZA ESPARZA, J., *Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras normas procesales*, Colección Códigos Básicos, Navarra, 2003, Ed. Aranzadi, pág. 593.

2.3. Derecho de Menores: Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

En España se viene implementando un sistema restaurativo de justicia, como solución al hacinamiento carcelario y como una manera de propiciar una participación más amplia de las víctimas en el proceso de justicia. Actualmente son más claros los mecanismos de este tipo de justicia en la legislación del menor. Encontramos la regulación legal explícita en la **Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores** (objeto de diversas reformas, la más relevante es la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre).

La ley Orgánica 10 del 23 de noviembre de 1995 del Código Penal, tiene en cuenta el interés de la víctima o perjudicado cuando el hecho fue cometido por un menor, por ello el juez está facultado para incorporar a los autos, los documentos y testimonios relevantes de la causa principal.

Se introduce un principio de la responsabilidad solidaria del menor responsable de los hechos, con sus padres, tutores, acogedores o guardadores; principio que se extiende por la Ley 30 de 1992 y la Ley 35 de 1995, en los procedimientos de delitos graves cometidos por mayores de 17 años, un régimen de intervención del perjudicado que va a salvaguardar el interés de la víctima en el esclarecimiento de los hechos y su enjuiciamiento por el orden jurisdiccional competente.

Esta ley busca así una amplia intervención de las víctimas, que permite participar en la proposición y práctica pruebas, dejando en claro que el interés de la ley española es primordialmente la protección del menor, sin descartar la celebración de acuerdos por medio del resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y en los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución.

Un interés particular reviste en el contexto de la ley los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro pre-

dominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social que esencialmente está basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro.

La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima, tienen en común que el ofensor y el perjudicado por la conducta delictiva llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más. El menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, mediante trabajos en beneficio de la comunidad o acciones adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado.

Dentro del Título III *De la instrucción del procedimiento*, el capítulo I *Reglas generales* La regulación del **artículo 19 *Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima***, de la Ley Orgánica de Responsabilidad penal del Menor⁵⁹¹ responde a la finalidad restaurativa estableciendo:

«1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

⁵⁹¹ Modificando la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, de reforma de la Ley reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores, Texto Refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948 (*B.O.E.* número 140 de 11 de junio de 1992).

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente»⁵⁹².

⁵⁹² MUERZA ESPARZA, J., *Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras normas procesales*, Colección Códigos Básicos, Navarra, Ed. Aranzadi, 2003, pág. 521.

3. Legislación Procesal

3.1. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

En el ámbito procesal, destacar que la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, regula la audiencia previa al juicio, en el Título II Del juicio ordinario, el **capítulo II De la audiencia previa al juicio establece en el artículo 414** que «1. Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvenición, o transcurridos los plazos correspondientes, el Secretario judicial, dentro del tercer día, convocará a las partes a una audiencia, que habrá de celebrarse en el plazo de veinte días desde la convocatoria. En esta convocatoria, si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma⁵⁹³. La audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba⁵⁹⁴. En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa»⁵⁹⁵.

En el **artículo 415 referente al Intento de conciliación o transacción:** «1. Comparadas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas. Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homolo-

⁵⁹³ Párrafo segundo del número 1 del artículo 414 redactado por el apartado diez de la disposición final tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles («B.O.E.» 7 julio). *Vigencia: 27 julio 2012*

⁵⁹⁴ Párrafo tercero del número 1 del artículo 414 introducido en su actual redacción por el apartado diez de la disposición final tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles («B.O.E.» 7 julio). *Vigencia: 27 julio 2012*

⁵⁹⁵ Párrafo cuarto del número 1 del artículo 414 introducido en su actual redacción por el apartado diez de la disposición final tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles («B.O.E.» 7 julio). *Vigencia: 27 julio 2012*

que lo acordado. Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del artículo 19, para someterse a mediación. En este caso, el tribunal examinará previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto»⁵⁹⁶.

En el apartado segundo el mencionado artículo establece que «2. El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial. 3. Si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, la audiencia continuará según lo previsto en los artículos siguientes. Cuando se hubiera suspendido el proceso para acudir a mediación, terminada la misma, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la audiencia»⁵⁹⁷.

Especial importancia tiene la aplicación del paradigma restaurativo en el ámbito de familia, regulado en el Libro IV *De los procesos especiales*, Título I *De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores*.

⁵⁹⁶ Número 1 del artículo 415 redactado por el apartado cuarenta y siete del artículo único de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («B.O.E.» 6 octubre). *Vigencia: 7 octubre 2015*

⁵⁹⁷ Número 3 del artículo 415 redactado por el apartado once de la disposición final tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles («B.O.E.» 7 julio). *Vigencia: 27 julio 2012*

3.2. Ley de Enjuiciamiento Criminal: Real Decreto de 14 de septiembre de 1882

En nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882⁵⁹⁸, nos encontramos dentro del Libro III *Del juicio oral*, con el artículo 787 que hace alusión a la *Sentencia de Conformidad* estableciendo que:

«1. Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. Si la pena no excediere de seis años de prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa, si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes⁵⁹⁹.

2. Si a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes, el Juez o Tribunal entendiere que la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación, dictará sentencia de conformidad. El Juez o Tribunal habrá oído en todo caso al acusado acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias.

3. En caso de que el Juez o Tribunal considerare incorrecta la calificación formulada o entendiere que la pena solicitada no procede legalmente, requerirá a la parte que presentó el escrito de acusación más grave para que manifieste si se ratifica o no en él. Sólo cuando la parte requerida modificare su escrito de acusación en términos tales que la calificación sea correcta y la pena solicitada sea procedente y el acusado preste de nuevo su conformidad, podrá el Juez o Tribunal dictar sentencia de conformidad. En otro caso, ordenará la continuación del juicio.

4. Una vez que la defensa manifieste su conformidad, el Juez o Presidente del Tribunal informará al acusado de sus consecuencias y a continuación le requerirá a fin de que manifieste si presta su conformidad. Cuando el Juez o Tribunal albergue dudas sobre si el acusado ha prestado libremente su conformidad, acordará la

⁵⁹⁸ G.G. núm 260 a 283, de 17 de septiembre a 10 de octubre 1882

⁵⁹⁹ Ver art. 50 L.O.T.J. y las S.S.T.S. 2 de enero 2001 (R.J. 2001, 453) y 3 de marzo 2000 (R.J. 2000, 1170).

continuación del juicio. También podrá acordar la continuación del juicio cuando, no obstante la conformidad del acusado, su defensor lo considere necesario y el Juez o Tribunal estime fundada su petición.

5. No vinculan al Juez o Tribunal las conformidades sobre la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal.

6. La sentencia de conformidad se dictará oralmente y documentará conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, sin perjuicio de su ulterior redacción. Si el fiscal y las partes, conocido el fallo, expresaran su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia, y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta.

7. Únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada»⁶⁰⁰.

Al respecto, cabe destacar que los proyectos pilotos de mediación intrajudicial deberían contemplar opciones como la retirada de la acusación, puesto que si a través de la mediación se llega a un acuerdo los letrados pueden entender que es lo mismo que las conformidades.

3.3. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción laboral

La Ley 36/2011, de 10 de octubre reguladora de la jurisdicción laboral, que sustituye al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 7 de abril, en el Título V De la evitación del proceso, el capítulo I artículo 63 hace referencia a la conciliación o mediación previas, estableciendo la regulación en los artículos 63 y siguientes de dicha Ley reguladora de la jurisdicción laboral. En el ámbito de la Legislación del Derecho Laboral podemos encontrar determinadas referencias al nuevo paradigma.

⁶⁰⁰ Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. (Gaceta números 260 a 283, de 17 de septiembre a 10 de octubre de 1882).

⁶⁰⁰ MUERZA ESPARZA, J., Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras normas procesales, Colección Códigos Básicos, Navarra, 2003, Ed. Aranzadi, pág. 211.

b. La Justicia Restaurativa en el ámbito del Derecho Privado: La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles en su Preámbulo establece en el apartado IV «El articulado de esta Ley se estructura en cinco títulos.

En el título I, bajo la rúbrica «Disposiciones generales», se regula el ámbito material y espacial de la norma, su aplicación a los conflictos transfronterizos, los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad, así como las instituciones de mediación.

El título II enumera los principios informadores de la mediación, a saber: el principio de voluntariedad y libre disposición, el de imparcialidad, el de neutralidad y el de confidencialidad. A estos principios se añaden las reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes en la mediación, como son la buena fe y el respeto mutuo, así como su deber de colaboración y apoyo al mediador.

El título III contiene el estatuto mínimo del mediador, con la determinación de los requisitos que deben cumplir y de los principios de su actuación. Para garantizar su imparcialidad se explicitan las circunstancias que el mediador ha de comunicar a las partes, siguiéndose en esto el modelo del Código de conducta europeo para mediadores.

El título IV regula el procedimiento de mediación. Es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales. La norma se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar, siempre bajo la premisa de que alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues, a veces, como enseña la experiencia aplicativa de esta institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto.

Finalmente, el título V establece el procedimiento de ejecución de los acuerdos, ajustándose a las previsiones que ya existen en el Derecho español y sin establecer diferencias con el régimen de ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos cuyo cumplimiento haya de producirse en otro Estado; para ello se requerirá su elevación a escritura pública como condición necesaria para su consideración como título ejecutivo»⁶⁰¹.

Por último, destacar la importancia de la regulación establecida en el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y la Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre y se crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación.

⁶⁰¹ Publicada en el *B.O.E.* de 7 de Julio de 2012.

B. EL PARADIGMA RESTAURATIVO EN EL ORDENAMIENTO AUTÓNOMICO

En España, podemos observar como las diferentes Comunidades Autónomas con admirable esfuerzo se ha legislado en materia de mediación familiar y a través de programas y proyectos piloto están desarrollando paulatinamente el nuevo paradigma restaurativo, especialmente en la modalidad de mediación.

En la *Guía práctica para la mediación intrajudicial* publicada por el Consejo General del Poder Judicial se pueden ver los diferentes protocolos de mediación que se están desarrollando en cada una de las Comunidades Autónomas, así como los diferentes formularios.

De conformidad con la Recomendación núm. R (98) I, de 21 de enero de 1998, sobre la mediación familiar, que insta a los gobiernos de los Estados miembros a instituir la mediación, se empezaron a partir del año 2000 a legislar las primeras leyes autonómicas de mediación familiar en Cataluña, Galicia, Valencia, etc. A día de hoy, casi todas las Comunidades Autónomas cuentan con una ley de mediación, especialmente en el ámbito familiar.

Cabe destacar al respecto, que en el mismo sentido que el art. 44.5 de la Ley Integral contra la Violencia de género, que prohíbe la mediación, se pronuncian explícita o implícitamente las leyes autonómicas de mediación familiar⁶⁰²

Consideramos que sería deseable que este paradigma restaurativo creciera y se consolidara, siendo necesario un cambio legislativo para que nuestras leyes reflejen el nuevo paradigma, en beneficio de los ciudadanos y de la sociedad en general.

⁶⁰² Tesis doctoral *Mediación y Violencia de género*, Universidad de Murcia, 2015, pág. 161.

a) Andalucía: Ley Orgánica 6/ 1981, de 30 de diciembre, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

La Ley Orgánica 6/ 1981, de 30 de diciembre, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Andalucía (*BOJA* de 1 de febrero de 1982). (*BOE* de 11 de enero de 1982)⁶⁰³, dentro del *Título Preliminar*, en el artículo 1 establece en su apartado segundo que «El Estatuto de Autonomía aspira a hacer realidad los principios de libertad, *igualdad y justicia para todos los andaluces*, en el marco de la igualdad y solidaridad con las demás nacionalidades y regiones de España»⁶⁰⁴.

En relación a la regulación de la mediación especialmente en el ámbito familiar, cabe destacar la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía⁶⁰⁵, así como el Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía⁶⁰⁶.

En Andalucía, cabe destacar la labor que en este sentido se está realizando por parte de la *Asociación Andaluza de Mediación* (AMEDI)⁶⁰⁷.

b) Aragón: Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Aragón

En Aragón cabe destacar la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Aragón (*BOA* núm. 28 de 16 de agosto) (*BOE* núm. 195,

⁶⁰³ Modificada por Ley Orgánica 1/1990, de 30 de enero, que modifica parcialmente la Ley de 21 de julio de 1983 del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma (*BOJA* de 6 de febrero de 1990) (*BOE* de 19 de febrero de 1990); modificada por la Ley 19/2002, de 1 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión (*BOE* de 2 de julio de 2002).

⁶⁰⁴ Ley Orgánica 6/ 1981, de 30 de diciembre, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Andalucía (*BOJA* de 1 de febrero de 1982). (*BOE* de 11 de enero de 1982).

⁶⁰⁵ Publicado en *BOJA* núm. 50, de 13 de marzo de 2009.

⁶⁰⁶ Publicado en *BOJA* núm. 46 de 7 de marzo de 2012.

⁶⁰⁷ CASTILLA JIMÉNEZ, J., «El encuentro conjunto», *Mediación Penal y Penitenciaria, 10 años de camino*, Madrid, Ed. Fundación Ágape, 2010, pág. 213 y ss.

de 16 de agosto)⁶⁰⁸. En relación a la mediación, destacar la Ley 9 / 2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón⁶⁰⁹.

En cuanto a la mediación, resaltar la labor que a través de diferentes programas está realizando la Asociación *¿Hablamos?, Asociación para la mediación penal, penitenciaria y comunitaria de Aragón*, surgida por la iniciativa de varias personas pertenecientes a la Pastoral Penitenciaria de Zaragoza⁶¹⁰.

c) Asturias: Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de aprobación del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias

En cuanto al Principado de Asturias destacar la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, que aprueba el Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias (*BOE* núm. 9 de 11 de enero de 1982 y *BOPA* núm. 15, de 24 de enero de 1982)⁶¹¹. En relación a la mediación destacar la Ley del Principado de Asturias 3 / 2007, de 23 de marzo, de Mediación familiar⁶¹².

d) Cantabria: Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Cantabria

En relación a Cantabria, destacar la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Cantabria (*BOE* de 11 de enero de 1982)⁶¹³.

⁶⁰⁸ Modificada por la Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo y recientemente por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre.

⁶⁰⁹ Publicada en el *B.O.E.* núm. 115, de 14 de mayo de 2011.

⁶¹⁰ PIÑEYROA SIERRA, C., «¿Hablamos?», *Mediación Penal y Penitenciaria, 10 años de camino*, Madrid, Ed. Fundación Ágape, 2010, pág. 136 y ss.

⁶¹¹ Modificada por Ley Orgánica 3/1991, de 13 de marzo; LO 1/1994, de 24 de marzo y LO 1/1999, de 5 de enero.

⁶¹² Publicada en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias*, de 9 de abril de 2007.

⁶¹³ Modificada por Ley Orgánica 7/1991, de 13 de marzo, de reforma del artículo 10.3 de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre (*B.O.E.* de 14 de marzo de 1991); Ley Orgánica 2/1994, de 24 de marzo, de reforma de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Cantabria (*B.O.E.* de 25 de marzo de 1994, rectificación en *B.O.E.* de 15 de abril de 1994); Ley Orgánica 11/1998, de 30 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Cantabria (*B.O.E.* de 31 de diciembre de 1998); y por Ley 21/2002, de 1 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Cantabria y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión (*B.O.E.* de 2 de julio de 2002).

En Cantabria, destacar la Ley 1/2011, de 23 de marzo, de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Cantabria⁶¹⁴.

e) Castilla-La Mancha: Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha

En cuanto a Castilla-La Mancha destacar la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (*D.O.C.M.* de 15 de septiembre de 1982) (*B.O.E.* de 16 de agosto de 1982)⁶¹⁵. Ley 4 / 2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar⁶¹⁶. En Castilla-La Mancha nos encontramos con el Programa de mediación jurídica de Caritas Diocesana de Albacete⁶¹⁷.

f) Castilla y León: Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Castilla y León

En relación a Castilla y León destacar la Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Castilla y León (*B.O.C.Y.L.* de 10 de marzo de 1983) (*B.O.E.* de 2 de marzo de 1983)⁶¹⁸. Ley 1 / 2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León y Decreto 61 / 2011, de 13 de octubre, por el que se aprueba el Re-

⁶¹⁴ Publicado en *BOE* núm. 99, de 26 de abril 2011.

⁶¹⁵ Modificado por la Ley 6/1991, de 13 de marzo, que modifica el artículo 10.2 de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto (*DOCM* de 20 de marzo de 1991)(*BOE* de 14 de marzo de 1991, corrección de errores en *BOE* de 16 de marzo); por la Ley Orgánica 7/1994, de 24 de marzo, de reforma de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (*BOE* de 25 de marzo de 1994, rectificación en *BOE* de 15 de abril de 1994); por la Ley Orgánica 3/1997, de 3 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (*DOCM* de 4 de julio de 1997); y por Ley 26/2002, de 1 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión (*BOE* de 2 de julio de 2002).

⁶¹⁶ Publicado en *BOE* núm. 203, de 25 de agosto de 2005.

⁶¹⁷ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, J., *Programa de mediación jurídica*. Caritas Diocesana de Albacete; Boletín del Departamento de Pastoral Penitenciaria (CEPS), n.º 35, Madrid, mayo 2012.

⁶¹⁸ Modificado por la Ley Orgánica 1/1994, de 24 de marzo, de reforma de la Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (*BOCYL* de 7 de abril de 1994) (*BOE* de 25 de marzo de 1994, rectificación de errores en *BOCYL* de 19 de abril de 1994); por la Ley Orgánica 4/1999, de 9 de enero, de reforma de la Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (*BOCYL* de 22 de enero de 1999) (*BOE* de 9 de enero de 1999, rectificación en *BOCYL* de 26 de febrero de 1999); y por Ley 31/2002, de 1 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla y León y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión (*BOE* de 2 de julio de 2002).

glamento de Desarrollo de la Ley 1 / 2006, de 13 de octubre, de Mediación Familiar de Castilla y León⁶¹⁹.

g) Cataluña: Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña

En relación a Cataluña destacar la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña (*DOGC* de 31 de diciembre de 1979) (*BOE* de 22 de diciembre de 1979)⁶²⁰, la Orden de Cataluña de Justicia/428/2012, de 18 de diciembre, de contenidos básicos y procedimiento de homologación de la formación específica en materia de mediación en el ámbito del Derecho privado en Cataluña; Ley Cataluña 25/2010, de 29 de julio, libro II del CC de Cataluña relativo a la persona y la familia. Ley Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de la mediación en el ámbito del Derecho privado. Resolución JUS/196/2010, de 28 de enero, de implantación del Programa piloto de mediación en ámbitos del derecho civil distintos del derecho de familia al amparo de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado⁶²¹; Decreto 135 / 2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15 / 2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado⁶²²; Resolució JUS / 2896 / 2012, de 17 de desembre, per la qual es fixen les tarifes en els procediments de mediació de la Llei 15 / 2009, del 22 de juliol, de mediación en l'ámbit del dret privat.

El Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña hace tiempo que está implementando programas que se fundamentan en los principios y valores del paradigma de justicia restaurativa. En concreto, nos encontramos con el programa que forma parte del Servicio de Mediación y Asesoramiento Técnico que opera en la jurisdicción de menores que tiene una regulación explícita en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de ene-

⁶¹⁹ Publicado en *BOE* núm. 105, de 3 de mayo de 2006.

⁶²⁰ Modificado por Ley 31/1997, de 4 de agosto, de modificación del régimen de cesión de tributos del Estado a la Generalitat de Cataluña y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión, modificando en su artículo 1 la disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña (*DOGC* de 21 de enero de 1998) (*BOE* de 5 de agosto de 1997), modificada por la Ley 17/2002, de 1 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Generalitat de Cataluña y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión (*BOE* de 2 de julio de 2002).

⁶²¹ Publicado en *BOE* núm. 198, de 17 de agosto 2009.

⁶²² Publicado en el *Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya* núm. 6240 de 25 de octubre de 2012.

ro, reguladora de la responsabilidad penal del menor y el programa de mediación y reparación penal, de aplicación en la jurisdicción ordinaria y que no cuenta con una base legal explícita, utilizando como herramienta la mediación penal (mediación entre víctima y ofensor) y reconociendo que la comunidad puede ser la destinataria de la reparación. Hecho que ha llevado a los investigadores a plantearse la posibilidad de utilizar otras metodologías como el *Conferencing*⁶²³.

El Programa de Mediación y Reparación Penal se inicia como Proyecto Piloto en España en 1998, en Cataluña, atendiendo al interés del Departamento de Justicia de incorporar las últimas tendencias de política criminal que resaltan la necesidad e incorporar en el sistema penal un mayor protagonismo de la víctima y una nueva vía para la gestión y resolución de los conflictos con trascendencia penal basada en la reparación»⁶²⁴.

h) Comunidad Valenciana: Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de aprobación del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana

En cuanto a la regulación en la Comunidad Valenciana nos encontramos con la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (DOGV de 15 de julio de 1982) (BOE de 10 de julio de 1982)⁶²⁵; la Resolución de la Comunidad Valenciana de 20 de octubre de 2010 por la que se crea un convenio de colaboración entre la Generalitat a través de la consejería de justicia Administraciones públicas, el Ilustre Colegio de Abogados de Elche y el Consejo General del Poder Judicial por la puesta en marcha del servicio piloto de mediación familiar que colabore con

⁶²³ GUARDIOLA, M.^a J. (Dir.), ALBERTI, M., CASADO, C., MARTINS, S., y SUSANNE, G., *¿Es el Conferencing una herramienta útil para los programas de mediación en el ámbito penal del Departamento de Justicia?*, Barcelona, Ed. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, [Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada], noviembre, 2011, pág. 10 y ss.

⁶²⁴ SERRATUSELL SALVADÓ, L., MARTÍNEZ CAMPS, M.^a M., «Programa de mediación y reparación penal», Departamento de Justicia, Generalitat de Catalunya, *Mediación Penal y Penitenciaría, 10 años de camino*, Madrid, Ed. Fundación Ágape, 2010, pág. 116 y ss.

⁶²⁵ Modificada por Ley Orgánica 4/1991, de 13 de marzo, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de aprobación del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (BOE de 14 de marzo de 1991); Ley Orgánica 5/1994, de 24 de marzo, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de aprobación del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, asumiendo estatutariamente en virtud de dicha Ley las competencias transferidas por el Estado mediante Ley Orgánica 12/1982, de 10 de agosto (BOE de 25 de marzo de 1994); y por Ley 24/2002, de 1 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Valenciana y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión (BOE de 2 de julio de 2002).

el juzgado de familia de la localidad y la realización de las prácticas de primer curso despertar mediación familiar; la Ley de la Comunidad Valenciana 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia adolescencia de la Comunidad Valenciana; el Decreto 100/2002, de 4 de junio, del Gobierno Valenciano, por el que se regula la acreditación, funcionamiento y control de las entidades de mediación de adopción internacional y el Registro de Reclamaciones formuladas contra las entidades de mediación acreditadas en la Comunidad Valenciana y el Decreto de la Comunidad Valenciana por la que se desarrolla núm. 41/2007, de 13 de abril, porque se regula la **Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana** y Decreto 41 / 2007, de 13 de abril, del Consell, por el que se desarrolla la Ley 7 / 2001, de 26 de noviembre, de la Generalitat, Reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana⁶²⁶. Y Ley 5/2011, de 1 de abril de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven⁶²⁷.

En el ámbito de la Comunidad Valenciana cabe destacar la labor en Mediación Policial que está llevando a cabo la Policía Local de Vila-Real⁶²⁸.

Destacar también la labor en mediación penitenciaria⁶²⁹ por parte de Pastoral Penitenciaria en el Centro Penitenciario de Picassent.

Asimismo destacar la aplicación de programas formativos de reeducación para condenador por delitos relacionados con la violencia de género, en aplicación de las medidas de suspensión de la ejecución de la pena: el Programa de la Audiencia Provincial de Alicante⁶³⁰.

⁶²⁶ Publicado en BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 2001.

⁶²⁷ El Tribunal Constitucional tiene suspendida la vigencia de varios artículos, hasta que se resuelva el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Central.

⁶²⁸ GALLARDO R., COBLER E., *Mediación policial, El manual para el cambio en la gestión de conflictos*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2012.

⁶²⁹ ORTÍ, M^a A., *Mediación Penitenciaria* Boletín del Departamento de Pastoral Penitenciaria (CEPS), n.º 35, Madrid, mayo 2012.

⁶³⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, E., VEGAS AGUILAR, J.C.; MAGRO SERVET, V., HERNÁNDEZ RAMOS, C., CUELLAR OTÓN, P., «La aplicación de programas formativos de reeducación para condenados por delitos relacionados con la violencia de género, en aplicación de las medidas de suspensión de la ejecución de la pena: El programa de la Audiencia Provincial de Alicante», *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género. Los ta-*

Destacar la labor realizada por el Instituto Valenciano de Mediación (IVMED) y el Convenio de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, la Consellería de Gobernación y Justicia de la Generalitat, la Fundación Favide, la Universidad de Valencia, la Fiscalía Provincial de Valencia, el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, el Ilustre Colegio de Psicólogos de la Comunidad Valenciana y la Asociación profesional de Criminólogos de la Comunidad Valenciana para el desarrollo de un proyecto piloto de mediación penal intradudicial en la Ciudad de Valencia.

Teniendo en cuenta los instrumentos internacionales referentes al nuevo paradigma, así como la normativa europea al respecto, desde la *Asociación Valenciana de Justicia Restaurativa* se están diseñando y llevando a cabo diferentes programas tanto integrados como independientes.

i) Extremadura: Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Extremadura

En cuanto a la regulación en Extremadura, cabe destacar la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura (*DOE* de 2 de marzo de 1983) (*BOE* de 26 de febrero e 1983)⁶³¹ En cuanto a los programas destacar la experiencia de la Comunidad Autónoma de Extremadura en cuanto a la rehabilitación psicológica de agresores⁶³².

lles formatives y reeducativos del artículo 49 del Código Penal, Valencia, Ed. Tirant lo blanch, monografías 763, 2012, pág. 172.

⁶³¹ Modificada por Ley Orgánica 5/1991, de 13 de marzo, de reforma de la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Extremadura (*DOE* de 26 de marzo de 1991), (*BOE* de 14 de marzo de 1991); Ley Orgánica 8/1994, de 24 de marzo, de reforma de la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Extremadura (*DOE* de 5 de abril de 1994) (*BOE* de 25 de marzo de 1994); Ley Orgánica 12/1999, de 6 de mayo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura (*DOE* de 15 de mayo de 1999) y por Ley 28/2002, de 1 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Valenciana y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión (*BOE* de 2 de julio de 2002).

⁶³² MARTÍNEZ GARCÍA, E., VEGAS AGUILAR, J.C.; BARRERA MARTÍN –HERAS, J., «Rehabilitación psicológica de maltratadores» *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género. Los talleres formativos y reeducativos del artículo 49 del Código Penal*, Valencia, Ed. Tirant lo blanch, monografías 763, 2012, pág. 151 y ss.

j) Galicia: Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de aprobación del Estatuto de Galicia

Destacar la regulación establecida en Galicia por la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, (*BOE* de 28 de abril de 1981) (*DOG* de 1 de octubre de 1981); la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar⁶³³; el Decreto de Galicia 159/2003, de 31 de enero, por el que establece la regulación de la figura del Mediador familiar, el Registro de Mediadores familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita; la Orden de Galicia de 24 de octubre de 2007 por la que se establece la regulación de ayudas a la cobertura del costo del proceso de mediación familiar en Galicia y su convocatoria; la Orden de Galicia de 31 de julio de 2008 por la que establecen subvenciones para la cobertura del costo del proceso de mediación familiar en Galicia y se procede a su convocatoria: la Orden de Galicia de 3 de junio de 2008 que fija las tarifas de mediación familiar en Galicia; Orden de Galicia de 2 de febrero de 2009 por la que se regulan las subvenciones por la cobertura del coste de procesos de mediación familiar en Galicia y se procede su convocatoria; y la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia. Destacar asimismo el Programa de Galicia de Re-educación para Maltratadores de Género⁶³⁴.

k) Islas Baleares: Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, de aprobación del Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares

En las Islas Baleares destacar la Ley Orgánica 2 /1983, de 25 de febrero, de aprobación del Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares. En el ámbito de la mediación la Ley 14 / 2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar⁶³⁵.

⁶³³ Publicado en *BOE* núm. 157, de 2 de Julio de 2001.

⁶³⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, E., VEGAS AGUILAR, J.C.; LEGANÉS GÓMEZ, S., «Evolución de los programas para los agresores», *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género. Los talleres formativos y reeducativos del artículo 49 del Código Penal*, Valencia, Ed. Tirant lo blanch, monografías 763, 2012, pág. 125.

⁶³⁵ Publicado en el *BOE* núm. 16, de 19 de enero de 2011.

l) Islas Canarias: Ley Orgánica 10/ 1982, de 10 de agosto, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Canarias

En Canarias destacar la Ley Orgánica 10/ 1982, de 10 de agosto *BOE* núm. 195, de 16 de agosto y *BOCAN* núm. 17, de 28 de septiembre modificado por la reciente Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre. Ley 15 / 2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar⁶³⁶; Ley 3 / 2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15 / 2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar⁶³⁷; Decreto 144 / 2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Mediación Familiar.

m) Madrid: Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de aprobación del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid

En cuanto a la regulación en la Comunidad de Madrid destacar la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (*BOE* de 1 de marzo de 1983)⁶³⁸; la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar⁶³⁹; la Orden de Madrid 14/2007, de 11 de enero, por el que se crea la convocatoria de subvenciones entidades locales por desarrollo de programas sobre mediación familiar, de encuentro familiar prevención tratamiento de violencia en entornos familiares y sociales de menores y convocatoria 2007; la Orden de Madrid 13/2006, de 12 de enero, por la que se convocan subvenciones a las entidades locales para el desarrollo de programas de mediación familiar prevención de violencia familiar y favorecer la participación social infantil para 2006; la Orden de Madrid 916/2005, de 28 de abril, en la que se crean las bases de la convocatoria de subvenciones entidades locales para el desarrollo de pro-

⁶³⁶ Publicado en *BOC* núm. 85, de 6 de mayo de 2003.

⁶³⁷ Publicado en *BOE* núm. 177, de 26 de julio de 2005.

⁶³⁸ Modificada por Ley Orgánica 2/1991, de 13 de marzo, de reforma de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Madrid (*BOE* de 14 de marzo de 1991); Ley Orgánica 10/1994, de 24 de marzo, de reforma de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Madrid (*BOE* de 25 de marzo de 1994, rectificación en *BOE* de 15 de abril de 1994); Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Madrid (*BOE* de 8 de julio de 1998); y por Ley 30/2002, de 1 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Madrid y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión (*BOE* de 2 de julio de 2002).

⁶³⁹ Publicado en *BOCM* núm. 54 de 5 de marzo de 2007.

gramas dirigidos a favorecer la mediación familiar prevenir la violencia familiar y favorecer la participación social infantil y la convocatoria para 2005⁶⁴⁰.

Destacar la experiencia piloto de mediación en faltas en los Juzgados de Instrucción de Madrid, a cargo de la *Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos de Madrid*⁶⁴¹. La mediación penitenciaria en España arranca en 2005 en el Centro Penitenciario de Madrid III, Valdemoro, a través de la *Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos de Madrid*⁶⁴², que inicia un *Programa de Mediación en el Centro Penitenciario de Valdemoro*, cuyo objetivo principal es facilitar la convivencia entre los internos haciendo uso de la mediación como herramienta de resolución de conflictos, dado que lo habitual en prisión es la separación de los implicados en los conflictos con fines preventivos por lo que el conflicto sigue latente⁶⁴³.

n) Murcia: Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de aprobación del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia

En cuanto a la regulación de la Región de Murcia destacar la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (*BOE* de 19 de junio de 1982)⁶⁴⁴; la Orden de Murcia de 1 de marzo de 2013, de la Conserjería de Sanidad y Política Social, por la que se establecen los precios públicos de los servicios de mediación familiar y de los puntos de encuentro familiar en la región de Murcia; el Convenio de Murcia de 29 de diciembre de 2006 para la prestación de servicios de mediación familiar a través de programas de punto de encuentro familiar; el Convenio de

⁶⁴⁰ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, Separata, RPJ, Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1986, pág. 71.

⁶⁴¹ GARRIDO RUIZ, R. M^a., «Experiencia piloto de mediación en faltas en los juzgados de instrucción de Madrid», *Mediación Penal y Penitenciaria, 10 años de camino*, Madrid, Ed. Fundación Ágape, 2010, pág. 179 y ss.

⁶⁴² GARRIDO RUIZ, R., «Apuntes sobre mediación intrajudicial», *Boletín del Departamento de Pastoral Penitenciaria* (CEPS), n^o 35, Madrid, mayo 2012.

⁶⁴³ LOZANO ESPINA, F., «Mediación Penitenciaria», *Mediación Penal y Penitenciaria, 10 años de camino*, Madrid, Ed. Fundación Ágape, 2010, pág. 104 y ss.

⁶⁴⁴ Modificada por Ley Orgánica 1/1991, de 13 de marzo, de reforma del artículo 24.3 de convocatoria de elecciones a la Asamblea Regional (*BORM* de 16 de marzo de 1991) (*BOE* de 14 de marzo de 1991); Ley Orgánica 4/1994, de 24 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia (*BOE* de 25 de marzo de 1994); Ley Orgánica 1/1998, de 15 de junio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia (*BORM* de 20 de junio de 1998) (*BOE* 16 de junio de 1998); y por Ley 23/2002, de 1 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Región de Murcia y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión (*BOE* de 2 de julio de 2002).

Murcia de 30 de diciembre de 2005 para la prestación de servicios de mediación en caso de conflicto intergeneracional y a través de punto de encuentro familiar; y la Orden de Murcia de 7 de agosto de 2002 por la que se crea un procedimiento de selección del institución sin fines de lucro para la prestación de servicios de mediación en caso de conflicto intergeneracional y a través de punto de encuentro familiar⁶⁴⁵.

o) Navarra: Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra

En Navarra cabe destacar la regulación establecida en la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (*BON* de 3 de septiembre de 1982) (*BOE* de 16 de agosto de 1982, corrección de errores en *BOE* de 26 de agosto)⁶⁴⁶; la Ley Foral de Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres y la Orden foral de Navarra 147/2007 de 23 de julio que clasifica el servicio de mediación familiar.

p) La Rioja: Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de aprobación del Estatuto de Autonomía de La Rioja

En cuanto a La Rioja cabe destacar la regulación establecida en la Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio (*BOE* de 19 de junio de 1982) (*BOR* de 10 de julio de 1982), modificada por la Ley Orgánica 3/1994, de 24 de marzo y la Ley Orgánica 2/1999 de 7 de enero; la Resolución de 21 de marzo de 2003, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Desarrollo Autónomo y Administraciones Públicas, por la que se dispone la publicación del resumen de la Adenda al Convenio de colaboración entre el Gobierno de La Rioja y la Asociación de puntos de encuentro y mediación de La Rioja para la prestación del servicio relativo al funcionamiento del punto de encuentro familiar; y la Resolución de 19 de febrero de 2013, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia y Justicia, por la que se dispone la publicación del resumen del Convenio suscrito entre el Gobierno de La Rioja, a través de la Consejería de Presi-

⁶⁴⁵ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, Separata, RPJ, Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1986, pág. 72.

⁶⁴⁶ Modificada por Ley Orgánica 1/2001, de 26 de marzo, que modifica la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto de reintegración y amejoramiento del régimen foral de Navarra (*BON* de 30 de abril de 2001) (*BOE* de 28 de marzo de 2001).

dencia y Justicia, y el Ilustre Colegio de Abogados de La Rioja, para la asistencia y defensa jurídica a las víctimas de delitos de violencia de género, violencia doméstica y/o intrafamiliar y para el funcionamiento del servicio de mediación intrajudicial dependiente del Gobierno de La Rioja⁶⁴⁷.

q) País Vasco: Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de aprobación del Estatuto de Autonomía para el País Vasco

En cuanto a la normativa del País Vasco cabe destacar la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del País Vasco (*BOPV* de 12 de enero de 1980) (*BOE* de 22 de diciembre de 1979); la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar⁶⁴⁸; el Decreto del País Vasco 84/2009, de 21 de abril del Consejo asesor de la mediación familiar y el Decreto del País Vasco 246/2002, de 21 de noviembre, por el que se crea el Registro de personas mediadoras y de la preparación familiar requerida para la inscripción.

La Dirección de Justicia del Departamento de Justicia y Administración Pública del Gobierno Vasco en el 2007 puso a disposición de los operadores jurídicos de los principales partidos judiciales de la Comunidad Autónoma un *Servicio de Mediación Penal*. Este servicio se inició en julio de 2007 en Baracaldo, implantándose en Vitoria – Gasteiz en octubre de 2007, y posteriormente en Bilbao y San Sebastián⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, Separata, RPJ, Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1986, pág. 71.

⁶⁴⁸ Publicado en *BOPV* núm. 2008034, de 18 de febrero de 2008.

⁶⁴⁹ LAUCIRICA RUBIO, N., «Mediación Penal. La puesta en marcha de los Servicios de Mediación Penal en el País Vasco». Palacio de Justicia de Vitoria-Gasteiz, *Mediación Penal y Penitenciaria, 10 años de camino*, Madrid, Ed. Fundación Ágape, 2010, pág. 159.

TERCERA PARTE

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

- 1- El sistema judicial actual conocido como *sistema retributivo* responde a una filosofía y a unos fundamentos tanto teóricos como prácticos que no parecen los más idóneos para resolver los conflictos y lograr la paz social. Podríamos decir que actualmente nos encontramos ante una crisis del paradigma imperante en la administración de justicia, lo que se conoce como *crisis del paradigma retributivo o crisis del modelo de justicia tradicional* dado que este modelo ha sido el dominante en la administración de justicia.
- 2- La investigación acerca del concepto de justicia restaurativa nos revela que estamos ante un *paradigma emergente* que paulatinamente se va abriendo paso en la sociedad actual, frente al conocido paradigma dominante de la justicia retributiva.
- 3- Existen diferentes grados de conocimiento del Derecho como son el conocimiento teológico, el filosófico, el científico, el casuismo jurídico y el conocimiento prudencial del mismo. Es esencial la unidad existencial entre los cinco grados de conocimiento jurídico en la génesis de cada uno de ellos y en su orientación práctica. Todos los grados del conocimiento tienen sentido, en la medida en que están animados de una intención práctica: servir a la configuración de la conducta social.
- 4- El *espíritu de las leyes* hace referencia a esas primeras leyes que se deducen directamente de la naturaleza, que son anteriores y superiores a las positivas. Por tanto, para que las leyes positivas sean justas deben ser conformes a las leyes naturales. Este es el espíritu o sentido en que deben estar hechas las leyes positivas. **El derecho natural es la ley moral que guía la vida del hombre hacia su plenitud.**

- 5- En la misma denominación de este nuevo movimiento conocido como «justicia restaurativa», nos encontramos con una gran confusión terminológica y conceptual, reflejada en la variedad de términos que se proponen: justicia reparativa, reintegrativa, restitutiva, positiva, pacificadora, relacional, comunitaria, mediación, justicia transformadora, transicional, terapéutica, irenología y conflictología, siendo el término *justicia restaurativa* el más acertado por reflejar la esencia del paradigma.
- 6- Los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el uso de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de 2002 nos permiten una aproximación al concepto de justicia restaurativa al definir ciertos conceptos pero no nos dan expresamente un concepto ni una definición de la misma. De conformidad a la investigación realizada definimos el concepto de *justicia restaurativa* como **«una teoría de la justicia, basada en el amor y la verdad, que entendiendo la justicia como virtud cardinal, tiene como objeto el derecho restaurativo y como finalidad la paz individual y social.**
- 7- Los elementos que contribuyen a elaborar la definición del concepto de justicia restaurativa son especialmente el elemento de la justicia entendida como virtud cardinal y la restauración.

La justicia se puede entender en sentido jurídico, institucional y ético. El punto de partida, es la definición de «justicia» como «virtud cardinal» y su proyección en el plano jurídico e institucional.

En cuanto a la Restauración, etimológicamente el término «restaurar» viene del latín «restaurare», que significa «volver al estado original». El fundamento de la restauración es la dimensión espiritual, lo que podemos denominar «restauración espiritual». Por tanto, la justicia restaurativa está basada en la ética de las virtudes.

8- La naturaleza de la *justicia restaurativa* es transdisciplinar y misericordiosa. Los fines del paradigma restaurativo son constituirse en fuente de felicidad y lograr la paz tanto individual como social, fruto de la restauración. Ello exige, sin duda, un cambio epistemológico basado en una visión de la paz positiva, a fin de que entre todos, podamos construir un mundo en el que reine la paz entre todos los pueblos, entre todas las naciones.

9- **El fundamento de los principios informadores del nuevo paradigma lo encontramos en la verdad de las relaciones humanas.** La dimensión profunda del concepto de *verdad* lo encontramos en el término hebreo *emunah* que significa «confianza, fidelidad».

Los principios informadores del paradigma restaurativo son el principio de caridad, dignidad humana, humanidad de las penas, restauración, bien común, solidaridad y subsidiariedad. El principio de caridad, se traduce en la conocida «Regla de Oro» expuesta en Mateo 7,12: «Tratad a los demás como queréis que os traten a vosotros. En esto consiste la Ley y los profetas». Regla de Oro, que de una manera u otra se encuentra en el código ético de todas las religiones y culturas.

Los principios que informan el proceso restaurativo son el de participación comunitaria, voluntariedad, formalidad, especialización, economía y prevención general y especial de la pena. *Los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal* establecen que los programas restaurativos se han de llevar a cabo con determinadas garantías.

10- Del análisis de la justicia indígena se desprende como las conferencias restaurativas y las sentencias en círculo se muestran como una expansión natural del sistema de mediación penal, ya que proporcionan a la víctima la posibilidad de expresar cómo ha impactado el crimen en su vida, de recibir respuesta a las preguntas que le surjan sobre el incidente y de participar en la toma de responsabilidad del delincuente.

El estudio del enfoque de la justicia indígena y de los programas restaurativos que han aparecido gracias a estas formas ancestrales de justicia, se desprende el papel de guías de los más ancianos de la comunidad que aportan toda su sabiduría así como la participación comunitaria en las resoluciones judiciales y la necesidad del consenso en los procesos. La justicia indígena aporta principios para la resolución pacífica de conflictos que sirven de presupuesto de una filosofía para la paz.

Es importante que los niños desde pequeños en la familia, la escuela, los medios, etc. sean educados en la resolución pacífica de los conflictos a fin de que cuando sean adultos sepan resolver sus controversias pacíficamente. De ahí la incorporación en los colegios de la mediación educativa, educación para la paz u otros similares. Asimismo con ello, podríamos prevenir la violencia juvenil y ayudarles a que comprendieran los beneficios que para ellos, sus familiares y profesores y la sociedad en general tiene la cultura de la paz, en lugar de la cultura del litigio.

La participación comunitaria dentro de la justicia indígena es beneficiosa para solucionar el conflicto puesto que al intervenir los familiares de la víctima y el delincuente emergen las cuestiones de fondo, se evitan posteriores denuncias cruzadas y en general, especial para la víctima que podría ser escuchada y el delincuente tiene la opción de disculparse públicamente y reparar el daño cometido.

- 11- La justicia bíblica se constituye como la principal fuente del enfoque restaurativo de la justicia. El verdadero significado de la *Torah* es enseñanza e instrucción desde el amor y la misericordia y no desde el castigo. Los *Mitzvot* o mandamientos son invitaciones a hacer algo suavemente y con amor, no con coerción.

El estudio del enfoque cristiano proporciona el beneficio sanador del perdón. Una reunión entre ambas partes asistidas de profesionales especialistas en justicia restaurativa puede dar la oportunidad al agresor de disculparse sinceramente y a la víctima la oportunidad de perdonar. En muchas

ocasiones las víctimas desean sobretodo una disculpa por parte del agresor que no encuentran acudiendo a los Tribunales.

Desde la perspectiva cristiana debería replantearse las actuales funciones de todos los operadores jurídicos (jueces, ministerio fiscal y abogados especialmente) debiendo estar más orientadas a la restauración del conflicto, siendo el mismo más participativo.

El Reino de Dios está basado en la justicia. La justicia divina aplicada en la Tierra está basada en la misericordia, la verdad, el derecho, la humildad, la rectitud, la paz y el hecho de cumplir lo prometido. Actualmente las titulaciones de Derecho están basadas en el Derecho Romano, no en las Escrituras no reflejando por tanto, la justicia de Dios. Uno de los cambios para establecer la justicia de Dios, sería cambiar la organización de las titulaciones de Derecho.

Los postulados de justicia restaurativa plantean un modelo procesal – penal distinto al actual, en el que la figura del Juez sufre una transformación sustancial puesto que frente al papel decisor, propio del proceso entendido como instrumento de realización del *ius puniendi* del Estado, el Juez en este sistema tiene un papel conciliador en aras a lograr que víctima y delincuente resuelvan su conflicto de fondo, reparándose el daño producido con el ilícito penal.

Por tanto, frente al proceso como lugar de controversia entre el Estado, como monopolizador de la fuerza legítima y el delincuente, el modelo restaurativo ofrece un proceso como lugar de encuentro para la víctima, delincuente y el Estado. Aunque puedan realizarse críticas al modelo restaurativo por los defensores de la aplicación del sistema retributivo lo cierto es que su filosofía implica una mayor humanidad y las investigaciones realizadas evidencian los resultados prácticos para víctimas y delincuentes.

- 12- En relación al sujeto cognoscente vemos como es necesaria la formación de expertos en justicia restaurativa, para que los procesos se apliquen dado que el conflicto es consustancial a la vida, se debe proporcionar a todos los individuos las habilidades necesarias para afrontarlos. Es importante incorporar asignaturas de justicia restaurativa en las Universidades, debiendo ser considerada como parte complementaria en ciertas licenciaturas e incluso crear un Grado de Justicia Restaurativa.

La labor de los investigadores es esencial para la confección de estudios de los diferentes programas tanto integrados como independientes, que muestren al legislador las ventajas y beneficios de este nuevo paradigma. El Estado se beneficiaría automáticamente puesto que los procesos judiciales disminuirían ya que los ciudadanos resolverían sus conflictos pacíficamente y la administración de justicia al manejar una carga razonable de trabajo sería más eficiente, variando su imagen y dando realmente seguridad jurídica.

En España, la ley del menor prevé ya unos mecanismos que tímidamente se fundamentan en la justicia restaurativa. El impacto educativo en menores es importante. Esta tendencia en menores se ha de incorporar en adultos, en determinados asuntos. La Justicia Restaurativa contrariamente a lo que opinan sus detractores ni es blanda, ni supone una privatización de la justicia.

Las herramientas de la Justicia Restaurativa son entre otras: Conferencias restaurativas, sentencias en círculo, conciliación por parte del ministerio fiscal, programas restaurativos penitenciarios, mediación penal, etc.

En relación al objeto de la Justicia Restaurativa, la investigación realizada en torno *al acto de conocer* nos ha permitido descubrir que determinados conceptos en su dimensión hebrea tienen una profundidad y una connotación de eternidad, mientras que en su dimensión griega estos términos aparecen reducidos a las capacidades finitas del logos humano, ofreciéndonos por tanto ambas dimensiones, visiones del mundo totalmente distintas.

- 13- El *método restaurativo* es el modo de conocer con certeza aceptable el *derecho restaurativo*, incluyendo el modo de proceder en los *procesos restaurativos*.

En cuanto a la investigación del *método restaurativo* el análisis de sus características principales, su ámbito de aplicación, los principios básicos del proceso restaurativo y las distintas fases del mismo nos permiten diseñar programas restaurativos realmente eficaces.

En cuanto al estudio e investigación de los *programas restaurativos* tanto judiciales como extrajudiciales vemos que es necesario el diseño de programas tanto integrados como independientes y la puesta en práctica de los mismos mediante un adecuado proceso de remisión y una correcta dinámica de los intervinientes para evaluar sus resultados en beneficio de los ciudadanos, de la administración de justicia y de la sociedad en general. Los Servicios de Justicia Restaurativa se deberían ofrecer gratuitamente al ciudadano siguiendo modelos como el noruego.

Los estudios e investigaciones que se están realizando actualmente en torno a la *justicia restaurativa* evidencian sus beneficios especialmente en los índices de reincidencia que son notablemente más bajos, a la vez que el grado de satisfacción de las víctimas es mucho mayor lo que contribuye a una sanación del tejido social dañado. Asimismo los resultados obtenidos en la implementación por parte de un *programa independiente de justicia restaurativa* nos permiten afirmar la eficacia de este nuevo modelo de justicia y la posibilidad de reflexionar acerca de la posibilidad de instaurar la *justicia restaurativa* como política pública.

El desarrollo de ideas, normas, estrategias y metodologías y la investigación de las mismas que permitan establecer otros modelos, programas, proyectos y técnicas orientados a lograr una mayor humanización en la aplicación de la justicia, en concreto del derecho penal con anterioridad al proceso, durante el mismo y en la fase de ejecución de la resolución judicial.

- 14- El fundamento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es la Ley Natural, esencia del nuevo paradigma basado en una ética de las virtudes, especialmente de la virtud de la justicia. Es necesario, un cambio de visión cultural respecto al delincuente y su tratamiento, y sobre los derechos humanos que le son inherentes y un cambio en los juristas especialmente en el momento de dictar sentencia.
- 15- El marco jurídico internacional de la justicia restaurativa nos muestra la importancia de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la importancia del derecho internacional humanitario. Asimismo destacar los instrumentos internacionales de Naciones Unidas y de la Santa Sede sobre justicia restaurativa. Es esencial que la realidad política social y cultural de todos los Estados apuesten por las *Reglas de Tokio*, por la dignidad humana y por los derechos naturales más que humanos para que podemos diseñar un derecho penal más humano y construir la paz social. Sería conveniente diseñar un régimen de penas no privativas de libertad, como los tratamientos restaurativos, que restauren al delincuente para evitar que vuelva a delinquir, favoreciendo su rehabilitación y disminuyendo así la criminalidad
- 16- El marco jurídico comunitario de la justicia restaurativa nos muestra la importancia de los documentos aprobados en el ámbito de la Unión Europea que han dado una importancia estratégica a la *mediación* y otras formas de *justicia restaurativa* en el ámbito penal. Entre los documentos relevantes cabe destacar el *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*, la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, la *Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, sobre el Estatuto Europeo de la víctima en el proceso penal*, y la *Directiva del Parlamento y del Consejo Europeo (2011/0129) de 25 de octubre de 2012* por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea.

La preocupación por la asistencia a la víctima y por el nuevo paradigma la encontramos también en diferentes documentos en el marco del Consejo de Europa como son: el *Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950, para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* y la *Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961* y principalmente a través de *Recomendaciones* que carecen de carácter jurídico vinculante, por lo que quizá debería regularse por otros instrumentos de carácter vinculante para los Estados miembros.

Entre la normativa mencionada cabe destacar la *Recomendación N° R (92) 16 del Consejo de Europa sobre Las Reglas Europeas sobre sanciones y medidas en la comunidad de 1992*; la *Recomendación N° R. (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la mediación en asuntos penales*; la *Resolución Ministerial n° 2 sobre la misión social del sistema de justicia penal – justicia restaurativa de 2005* y la *Recomendación N° R. (2006) 8 sobre la asistencia a las víctimas del crimen de 14 de junio de 2006*, entre otras.

- 17- La investigación de la *justicia restaurativa* en el marco *del derecho comparado* tiene en cuenta los sistemas jurídicos vigentes en la actualidad: El *Sistema de Derecho Continental* o Neoromanista (en inglés *Civil Law*), el *Sistema de Derecho Anglosajón* (en inglés *Common Law*), el *Sistema de Derecho Religioso*, el *Sistema de Derecho Consuetudinario* y el *Sistema Híbrido de Derecho Civil y Anglosajón*.

Dentro del *Sistema de Derecho Continental* cabe establecer la diferenciación entre el *Sistema Europeo Continental*, el *Sistema Latino-americano*, el *Sistema Escandinavo* y el *Sistema Latino-africano*. Asimismo, dentro del *Sistema Europeo Continental* destaca la regulación establecida en Alemania, Bélgica y la República Checa.

Por otra parte, dentro del *Sistema de Derecho Continental de Centroamérica* en los países que más se ha desarrollado el nuevo paradigma ha sido en Honduras, El Salvador y Nicaragua. En *Sudamérica* se sigue principalmente

el *Sistema de Derecho Continental*. Observamos como en general estamos ante sistemas altamente estructurados y formales, que dependen fuertemente del encarcelamiento y de los poderes del Estado para mantener el orden. A pesar de ello, la regulación establecida en diferentes países, como son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia y Perú, abre la puerta al nuevo *paradigma restaurativo*.

Dentro del *Sistema de Derecho Continental* nos encontramos con el *Sistema Escandinavo* aplicable en Dinamarca, Noruega, Finlandia, y Suecia e Islandia. También dentro del *Sistema de Derecho Continental* cabe destacar el *Sistema Latino-africano* que se aplica en Benin, Burundi, Cabo Verde, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial, Madagascar, Mozambique, República Centroafricana, Ruanda, Santo Tomé y Príncipe, Togo y Zaire.

Del resultado de las investigaciones se desprende la utilización de la técnica de la mediación como la más utilizada hoy en día, destacando también las conferencias restaurativas de Nueva Zelanda, las Sentencias en Círculo de Canadá y la Justicia Restaurativa intra muros de Brasil y Costa Rica, así como las Prisiones Restaurativas de Bélgica. La diversidad de prácticas y programas restaurativos incluyen, entre otros, a los Programas de Reconciliación Víctima y Ofensor o VORP (Victim-Offender Reconciliation Programs), desarrollados principalmente en Estados Unidos y Canadá, la Mediación Penal desarrollada en Europa, las Conferencias del Grupo Familiar de Nueva Zelanda, las Conferencias Comunitarias en Australia, los Paneles Juveniles en Inglaterra y Estados Unidos, y los Círculos Comunitarios en Canadá.

- 18- El análisis y la investigación de la posibilidad de la aplicación de la justicia restaurativa en nuestro país, nos muestra la certeza de que diferentes artículos de nuestros textos legales abren la puerta al nuevo paradigma en España, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado. También nos muestra como se están desarrollando diferentes proyectos pilotos en diversas Comunidades Autónomas.

Nuestro Código Penal, en principio no responde a los postulados propios del paradigma restaurativo, pero algunos artículos entendemos que abren la puerta al nuevo paradigma, especialmente el Art. 21 relativo a la regulación de las circunstancias atenuantes, el artículo 80 relativo a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y el artículo 130 relativo a las causas de extinción de la responsabilidad criminal.

En cuanto a la *Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria* (B.O.E. número 239, de 5 de octubre de 1979), observamos como distintos artículos especialmente el art. 1, 59, 61, 72 y 73 encajan en las finalidades y objetivos que persigue la justicia restaurativa así como distintos artículos del *Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario* (B.O.E. número 40, de 15 de febrero; rectificación en B.O.E. número 112, de 8 de mayo de 1996).

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito vemos como incluye la referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa.

En el ámbito de la legislación sobre menores la regulación del artículo 19 *Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima*, de la Ley Orgánica de Responsabilidad penal del Menor responde a la finalidad restaurativa.

En el ámbito procesal, destacar la regulación establecida en los artículos 414 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y especialmente el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativa a las Sentencias de Conformidad.

Finalmente, destacar la importancia de la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles

En España, podemos observar como las diferentes Comunidades Autónomas con admirable esfuerzo se ha legislado en materia de mediación familiar y a través de programas y proyectos piloto están desarrollando paulatinamente el nuevo paradigma restaurativo, especialmente en la modalidad de mediación.

Se debe tender a un sistema penal distinto en el que la víctima recobre su protagonismo, pueda decidir cómo quiere ser reparada y el infractor tenga la oportunidad de asumir y responsabilizarse de su conducta a través de la reparación del daño causado.

La importancia de elaborar leyes restaurativas, no reduciéndose la elaboración de leyes al ámbito de la mediación penal, dado que hay otras herramientas más completas y eficaces.

La presente *tesis doctoral* pretende formar parte de los esfuerzos instauradores de una cultura del diálogo y de la paz que permita la resolución pacífica de los conflictos en nuestra sociedad deseando que el *paradigma restaurativo* sea una realidad en beneficio de los ciudadanos, de la administración de justicia y de la sociedad en general.

La situación actual de crisis económica mundial y el incremento de la violencia en muchos países hace necesario que el *paradigma restaurativo* sea una política pública que fortalezca la construcción de una cultura de la paz y frene la excesiva judicialización de los asuntos dado que la restauración los previene creando sociedades más pacíficas.

Una sociedad más humana implica una revalorización del amor y de las virtudes en la vida social, tanto a nivel político, económico, como cultural. El amor que es la forma más alta y más noble de relación de los seres humanos entre sí debe animar todos los ámbitos de la vida humana, extendiéndose igualmente al orden internacional. Sólo una humanidad en la que reine la *civilización del amor* podrá gozar de una paz auténtica y duradera.

ANEXOS

ANEXO I: EL MANIFIESTO DE SEVILLA

Difundido por decisión de la Conferencia general de la UNESCO en su vigesimocinquenta sesión París, Francia, el 16 de noviembre de 1989⁶⁴².

INTRODUCCIÓN

Convencidos de que es responsabilidad nuestra como investigadores en diversas disciplinas llamar la atención sobre las actividades más peligrosas y más destructivas de nuestra especie, a saber la violencia y la guerra; reconociendo que la ciencia es un producto de la cultura que no puede tener carácter definitivo o abarcar todas las actividades humanas; agradecidos por el apoyo que hemos recibido de las autoridades de Sevilla y de los representantes españoles de la UNESCO; nosotros, los universitarios abajo firmantes, originarios del mundo entero y representantes de las disciplinas pertinentes, nos hemos reunido y hemos logrado el siguiente manifiesto sobre la violencia. En este manifiesto, impugnamos cierto número de presuntos descubrimientos biológicos que han sido utilizados por personas, incluso en nuestros respectivos ámbitos, para justificar la violencia y la guerra. Puesto que la utilización de estos "descubrimientos" ha creado una ola de pesimismo en nuestras sociedades, proclamamos que la denuncia pública y reflexionada de tales manipulaciones constituye una contribución importante al Año Internacional de la Paz.

El mal uso de hechos y teorías científicas con el fin de legitimar la violencia y la guerra, sin ser un fenómeno nuevo, está estrechamente asociado al advenimiento de la ciencia moderna. Por ejemplo, la teoría de la evolución ha sido "utilizada" para justificar no sólo la guerra, sino también el genocidio, el colonialismo y la eliminación del más débil.

Explicamos nuestro punto de vista en forma de cinco proposiciones. Somos perfectamente conscientes de que, en el marco de nuestras disciplinas, se podría hablar de muchas otras cuestiones que también atañen a la violencia y la guerra, pero nos ceñiremos voluntariamente a lo que consideramos una primera etapa esencial.

⁶⁴²

www.unesco.org/cpp/sp/declaraciones/sevilla.htm.

PRIMERA PROPOSICIÓN

CIENTIFICAMENTE ES INCORRECTO decir que hemos heredado de nuestros antepasados los animales una propensión a hacer la guerra. Aunque el combate sea un fenómeno muy expandido en las especies animales, en las especies vivas sólo se conocen algunos casos de luchas destructoras intra-especies entre grupos organizados. Y en ningún caso implican el recurso a utensilios usados como armas. El comportamiento predador que se ejerce con respecto a otras especies, comportamiento normal, no puede ser considerado como equivalente a la violencia intra-especies.

La guerra es un fenómeno específicamente humano que no se encuentra en los demás animales. El hecho de que la guerra haya cambiado de manera tan radical a lo largo de los tiempos prueba claramente que se trata de un producto de la cultura. La filiación biológica de la guerra se establece, principalmente, a través del lenguaje que hace posibles la coordinación entre los grupos, la transmisión de la tecnología y el uso de utensilios. Desde un punto de vista biológico, la guerra es posible pero no tiene carácter ineluctable como lo demuestran las variaciones de lugar y de naturaleza que ha sufrido en el tiempo y en el espacio. Existen culturas que desde hace siglos no han hecho la guerra y otras que en ciertos periodos la han hecho con frecuencia y luego han vivido en paz durante mucho tiempo.

SEGUNDA PROPOSICION

CIENTIFICAMENTE ES INCORRECTO decir que la guerra o cualquier otra forma de comportamiento violento está genéticamente programada en la naturaleza humana. Aunque los genes están implicados a todos los niveles del funcionamiento del sistema nervioso, son la base de un potencial de desarrollo que sólo se realiza en el marco del entorno social y ecológico. Aunque indiscutiblemente varía la predisposición de los individuos a sufrir la huella de su experiencia, no obstante, sus personalidades son determinadas por la interacción entre su dotación genética y las condiciones de su educación. Con excepción de algunos raros estados patológicos, los genes no producen individuos necesariamente predispuestos a la violencia. Pero el caso contrario también es cierto. Aunque los genes estén implicados en nuestro comportamiento, ellos solos no pueden determinarlo totalmente.

TERCERA PROPOSICIÓN

CIENTIFICAMENTE ES INCORRECTO decir que a lo largo de la evolución humana se haya operado una selección en favor del comportamiento agresivo sobre otros tipos. En todas las especies bien estudiadas, la capacidad para cooperar y cumplir funciones sociales adaptadas a la estructura de un grupo determina la posición social de sus miembros. El fenómeno de "dominación" implica lazos sociales y filiaciones; no resulta sólo de la posesión y la utilización de una fuerza física superior, aunque pone en juego comportamientos agresivos. Cuando, por la selección genética, se han creado artificialmente tales comportamientos en los animales, se ha constatado la aparición rápida de individuos no hiperagresivos; esto permite pensar que en condiciones naturales la presión en favor de la agresividad no había alcanzado naturalmente su nivel máximo. Cuando tales animales hiperagresivos están presentes en un grupo, o destruyen la estructura social, o son eliminados de ella. La violencia no se inscribe ni en nuestra herencia evolutiva ni en nuestros genes.

CUARTA PROPOSICION

CIENTIFICAMENTE ES INCORRECTO decir que los hombres tienen "un cerebro violento"; aunque nuestro aparato neurológico nos permite actuar con violencia, no se activa de manera automática por estímulos internos o externos. Como en los primates superiores y contrariamente a los demás animales, las funciones superiores neurológicas filtran estos estímulos antes de responder. Nuestros comportamientos están modelados por nuestros tipos de condicionamiento y nuestros modos de socialización. No hay nada en la fisiología neurológica que nos obligue a reaccionar violentamente.

QUINTA PROPOSICION

CIENTIFICAMENTE ES INCORRECTO decir que la guerra es un fenómeno instintivo o que responde a un único móvil. El surgimiento de la guerra moderna es el punto final de un recorrido que, comenzando por factores emocionales, a veces cualidades instintivas, ha desembocado en estos factores cognoscitivos. La guerra moderna pone en juego la utilización institucionalizada de una parte de las características personales tales como la obediencia ciega o el idealismo, y por otra aptitudes sociales tales como el lenguaje; finalmente implica planteamientos racionales tales como la evaluación de los cosas, la planificación y el tratamiento de la información. Las tecnologías de la guerra moderna han acentuado considerablemente el fenómeno de la violencia, sea a nivel de la formación de los combatientes o en la preparación psicológica a la guerra (le la población. Debido a esa ampliación, se tiende a confundir las causas y las consecuencias.

CONCLUSION

Como conclusión proclamamos que la biología no condena a la humanidad a la guerra, al contrario, que la humanidad puede liberarse de una visión pesimista traída por la biología y, una vez recuperada su confianza, emprender, en este Año Internacional de la Paz y en los años venideros, las transformaciones necesarias de nuestras sociedades. Aunque esta aplicación depende principalmente de la responsabilidad colectiva, debe basarse también en la conciencia de individuos, cuyo optimismo o pesimismo son factores esenciales. **Así como "las guerras empiezan en el alma de los hombres", la paz también encuentra su origen en nuestra alma. La misma especie que ha inventado la guerra también es capaz de inventar la paz. La responsabilidad incumbe a cada uno de nosotros.**

ANEXO II: REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD (REGLAS DE TOKIO)⁶⁴³.

I. PRINCIPIOS GENERALES.

1. Objetivos fundamentales
2. Alcance de las medidas no privativas de la libertad
3. Salvaguardias legales
4. Cláusula de salvaguardia

II. FASE ANTERIOR AL JUICIO

5. Disposiciones previas al juicio
6. La prisión preventiva como último recurso

III. FASE DE JUICIO Y SENTENCIA

7. Informes de investigación social
8. Imposición de sanciones

IV. FASE POSTERIOR A LA SENTENCIA

9. Medidas posteriores a la sentencia

V. APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD

10. Régimen de vigilancia
11. Duración
12. Obligaciones
13. Proceso de tratamiento
14. Disciplina e incumplimiento de las obligaciones

⁶⁴³ Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

VI. PERSONAL

15. Contratación
16. Capacitación del personal

VII. VOLUNTARIOS Y OTROS RECURSOS COMUNITARIOS

17. Participación de la sociedad
18. Comprensión y cooperación de la sociedad
19. Voluntarios

VIII. INVESTIGACIÓN, PLANIFICACIÓN Y FORMULACIÓN Y EVALUACIÓN DE POLÍTICAS

20. Investigación y planificación
21. Formulación de la política y elaboración de programas
22. Vínculos con organismos y actividades pertinentes
23. Cooperación internacional

I. PRINCIPIOS GENERALES

1. Objetivos fundamentales

1.1. Las presentes Reglas mínimas contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión.

1.2. Las Reglas tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad.

1.3. Las Reglas se aplicarán teniendo en cuenta las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de cada país, así como los propósitos y objetivos de su sistema de justicia penal.

1.4. Al aplicar las Reglas, los Estados Miembros se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito.

1.5. Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.

2. Alcance de las medidas no privativas de la libertad

2.1. Las disposiciones pertinentes de las presentes Reglas se aplicarán a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia, en todas las fases de la administración de la justicia penal. A los efectos de las Reglas, estas personas se designarán "delincuentes", independientemente de que sean sospechosos o de que hayan sido acusados o condenados.

2.2. Las Reglas se aplicarán sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición.

2.3. A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas.

2.4. Se alentará y supervisará atentamente el establecimiento de nuevas medidas no privativas de la libertad y su aplicación se evaluará sistemáticamente.

2.5. Se considerará la posibilidad de ocuparse de los delincuentes en la comunidad, evitando recurrir a procesos formales o juicios ante los tribunales, de conformidad con las salvaguardias y las normas jurídicas.

2.6. Las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención.

2.7. La utilización de medidas no privativas de la libertad será parte de un movimiento en pro de la despenalización y destipificación de delitos, y no estarán encaminadas a obstaculizar ni a diferir las iniciativas en ese sentido.

3. Salvaguardias legales

3.1. La introducción, definición y aplicación de medidas no privativas de la libertad estarán prescritas por la ley.

3.2. La selección de una medida no privativa de la libertad se basará en los criterios establecidos con respecto al tipo y gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente, los objetivos de la condena y los derechos de las víctimas.

3.3. La autoridad judicial u otra autoridad independiente competente ejercerá sus facultades discrecionales en todas las fases del procedimiento, actuando con plena responsabilidad y exclusivamente de conformidad con la ley.

3.4. Las medidas no privativas de la libertad que impongan una obligación al delincuente, aplicadas antes o en lugar del procedimiento o del juicio, requerirán su consentimiento.

3.5. Las decisiones sobre la imposición de medidas no privativas de la libertad estarán sometidas a la revisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente, a petición del delincuente.

3.6. El delincuente estará facultado para presentar peticiones o reclamaciones ante la autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente sobre cuestiones que afecten a sus derechos individuales en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad.

3.7. Se preverán disposiciones adecuadas para el recurso y, si es posible, la reparación en caso de agravio relacionado con un incumplimiento de las normas sobre derechos humanos internacionalmente reconocidos.

3.8. Las medidas no privativas de la libertad no supondrán ninguna experimentación médica o psicológica con el delincuente, ni riesgo indebido de daños físicos o mentales.

3.9. La dignidad del delincuente sometido a medidas no privativas de la libertad será protegida en todo momento.

3.10. Durante la aplicación de las medidas no privativas de la libertad, los derechos del delincuente no podrán ser objeto de restricciones que excedan las impuestas por la autoridad competente que haya adoptado la decisión de aplicar la medida.

3.11. Durante la aplicación de las medidas no privativas de la libertad se respetarán tanto el derecho del delincuente como el de su familia a la intimidad.

3.12. El expediente personal del delincuente se mantendrá de manera estrictamente confidencial e inaccesible a terceros. Sólo tendrán acceso al expediente las personas

directamente interesadas en la tramitación del caso u otras personas debidamente autorizadas.

4. Cláusula de salvaguardia

4.1. Ninguna de las disposiciones en las presentes Reglas será interpretada de modo que excluya la aplicación de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos⁶⁴⁴, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)⁶⁴⁵, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión⁶⁴⁶ ni de ningún otro instrumento o norma sobre derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional que guarden relación con el tratamiento del delincuente y con la protección de sus derechos humanos fundamentales.

II. FASE ANTERIOR AL JUICIO

5. Disposiciones previas al juicio

5.1. Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso. A efectos de decidir si corresponde el retiro de los cargos o la institución de actuaciones, en cada ordenamiento jurídico se formulará una serie de criterios bien definidos. En casos de poca importancia el fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de la libertad, según corresponda.

⁶⁴⁴ Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 22 de agosto a 3 de septiembre de 1955: informe preparado por la Secretaría

⁶⁴⁵ Resolución 40/33.

⁶⁴⁶ Resolución 43/173.

6. La prisión preventiva como último recurso

6.1. En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.

6.2. Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano.

6.3. El delincuente tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial u otra autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva.

III. FASE DE JUICIO Y SENTENCIA

7. Informes de investigación social

7.1. Cuando exista la posibilidad de preparar informes de investigación social, la autoridad judicial podrá valerse de un informe preparado por un funcionario u organismo competente y autorizado. El informe contendrá información sobre el entorno social del delincuente que sea pertinente al tipo de infracción que comete habitualmente el individuo y a los delitos que se le imputan. También deberá contener información y recomendaciones que sean pertinentes al procedimiento de fijación de condenas. Deberá ceñirse a los hechos y ser objetivo e imparcial; toda apreciación personal tendrá que formularse claramente como tal.

8. Imposición de sanciones

8.1. La autoridad judicial, que tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad, al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda.

- 8.2. Las autoridades competentes podrán tomar las medidas siguientes:
- a) Sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia;
 - b) Libertad condicional;
 - c) Penas privativas de derechos o inhabilitaciones;
 - d) Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días;
 - e) Incautación o confiscación;
 - f) Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización;
 - g) Suspensión de la sentencia o condena diferida;
 - h) Régimen de prueba y vigilancia judicial;
 - i) Imposición de servicios a la comunidad;
 - j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado;
 - k) Arresto domiciliario;
 - l) Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión;
 - m) Alguna combinación de las sanciones precedentes.

IV. FASE POSTERIOR A LA SENTENCIA

9. Medidas posteriores a la sentencia

9.1. Se pondrá a disposición de la autoridad competente una amplia serie de medidas sustitutivas posteriores a la sentencia a fin de evitar la reclusión y prestar asistencia a los delincuentes para su pronta reinserción social.

9.2. Podrán aplicarse medidas posteriores a la sentencia como las siguientes:

- a) Permisos y centros de transición;
- b) Liberación con fines laborales o educativos;
- c) Distintas formas de libertad condicional;
- d) La remisión;
- e) El indulto.

9.3 La decisión con respecto a las medidas posteriores a la sentencia, excepto en el caso del indulto, será sometida a la revisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente, si lo solicita el delincuente.

9.4. Se considerarán cuanto antes las posibilidades de poner en libertad al recluso de un establecimiento y asignarlo a un programa no privativo de la libertad.

V. APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD

10. Régimen de vigilancia

10.1. El objetivo de la supervisión es disminuir la reincidencia y ayudar al delincuente en su reinserción social de manera que se reduzca a un mínimo la probabilidad de que vuelva a la delincuencia.

10.2. Si la medida no privativa de la libertad entraña un régimen de vigilancia, la vigilancia será ejercida por una autoridad competente, en las condiciones concretas que haya prescrito la ley.

10.3. En el marco de cada medida no privativa de la libertad, se determinará cuál es el tipo más adecuado de vigilancia y tratamiento para cada caso particular con el propósito de ayudar al delincuente a enmendar su conducta delictiva. El régimen de vigilancia y tratamiento se revisará y reajustará periódicamente, cuando sea necesario.

10.4. Se brindará a los delincuentes, cuando sea necesario, asistencia psicológica, social y material y oportunidades para fortalecer los vínculos con la comunidad y facilitar su reinserción social.

11. Duración

11.1. La duración de las medidas no privativas de la libertad no superará el plazo establecido por la autoridad competente de conformidad con la ley.

11.2. Estará prevista la interrupción anticipada de la medida en caso de que el delincuente haya reaccionado positivamente a ella.

12. Obligaciones

12.1. Cuando la autoridad competente decida las obligaciones que deberá cumplir el delincuente, tendrá en cuenta las necesidades de la sociedad y las necesidades y los derechos del delincuente y de la víctima.

12.2. Las obligaciones que ha de cumplir el delincuente serán prácticas, precisas y tan pocas como sea posible, y tendrán por objeto reducir las posibilidades de reincidencia en el comportamiento delictivo e incrementar las posibilidades de reinserción social del delincuente, teniendo en cuenta las necesidades de la víctima.

12.3. Al comienzo de la aplicación de una medida no privativa de la libertad, el delincuente recibirá una explicación, oral y escrita, de las condiciones que rigen la aplicación de la medida, incluidos sus obligaciones y derechos.

12.4. La autoridad competente podrá modificar las obligaciones impuestas de conformidad con lo previsto en la legislación y según el progreso realizado por el delincuente.

13. Proceso de tratamiento

13.1. En el marco de una medida no privativa de la libertad determinada, cuando corresponda, se establecerán diversos sistemas, por ejemplo, ayuda psicosocial individualizada, terapia de grupo, programas residenciales y tratamiento especializado de distintas categorías de delincuentes, para atender a sus necesidades de manera más eficaz.

13.2. El tratamiento deberá ser dirigido por profesionales con adecuada formación y experiencia práctica.

13.3. Cuando se decida que el tratamiento es necesario, se hará todo lo posible por comprender la personalidad, las aptitudes, la inteligencia y los valores del delincuente, y especialmente las circunstancias que lo llevaron a la comisión del delito.

13.4. La autoridad competente podrá hacer participar a la comunidad y a los sistemas de apoyo social en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad.

13.5. El número de casos asignados se mantendrá, en lo posible, dentro de límites compatibles con la aplicación eficaz de los programas de tratamiento.

13.6. La autoridad competente abrirá y mantendrá un expediente para cada delincuente.

14. Disciplina e incumplimiento de las obligaciones

14.1. El incumplimiento de las obligaciones impuestas al delincuente puede dar lugar a la modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad.

14.2. La modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad corresponderá a la autoridad competente; procederá a ello solamente después de haber examinado cuidadosamente los hechos aducidos por el funcionario supervisor y por el delincuente.

14.3. El fracaso de una medida no privativa de la libertad no significará automáticamente la imposición de una medida privativa de la libertad.

14.4. En caso de modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad, la autoridad competente intentará imponer una medida sustitutiva no privativa de la libertad que sea adecuada. Sólo se podrá imponer la pena de prisión cuando no haya otras medidas sustitutivas adecuadas.

14.5. En caso de que el delincuente no cumpla las obligaciones impuestas, la ley determinará a quién corresponde dictar la orden de detenerlo o de mantenerlo bajo supervisión.

14.6. En caso de modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad, el delincuente podrá recurrir ante una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente.

VI. PERSONAL

15. Contratación

15.1. En la contratación del personal no se hará discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición. Los criterios para la contratación del personal tendrán en cuenta la política nacional en favor de los sectores desfavorecidos y la diversidad de los delincuentes que haya que supervisar.

15.2. Las personas designadas para aplicar las medidas no privativas de la libertad deberán ser personas aptas para la función y, cuando sea posible, tener formación profesional y experiencia práctica adecuadas. Estas calificaciones se especificarán claramente.

15.3. Para conseguir y contratar personal profesional calificado se harán nombramientos con categoría de funcionario público, sueldos adecuados y prestaciones sociales que estén en consonancia con la naturaleza del trabajo y se ofrecerán amplias oportunidades de progreso profesional y ascenso.

16. Capacitación del personal

16.1. El objetivo de la capacitación será explicar claramente al personal sus funciones en lo que atañe a la rehabilitación del delincuente, la garantía de los derechos de los delincuentes y la protección de la sociedad. Mediante capacitación, el personal también deberá comprender la necesidad de cooperar y coordinar las actividades con los organismos interesados.

16.2. Antes de entrar en funciones, el personal recibirá capacitación que comprenda información sobre el carácter de las medidas no privativas de la libertad, los objeti-

vos de la supervisión y las distintas modalidades de aplicación de las medidas no privativas de la libertad.

16.3. Después de la entrada en funciones, el personal mantendrá y mejorará sus conocimientos y aptitudes profesionales asistiendo a cursos de capacitación durante el servicio y a cursos de actualización. Se proporcionarán instalaciones adecuadas a ese efecto.

VII. VOLUNTARIOS Y OTROS RECURSOS COMUNITARIOS

17. Participación de la sociedad

17.1. La participación de la sociedad debe alentarse pues constituye un recurso fundamental y uno de los factores más importantes para fortalecer los vínculos entre los delincuentes sometidos a medidas no privativas de la libertad y sus familias y la comunidad. Deberá complementar la acción de la administración de la justicia penal.

17.2. La participación de la sociedad será considerada una oportunidad para que los miembros de la comunidad contribuyan a su protección.

18. Comprensión y cooperación de la sociedad

18.1. Debe alentarse a los organismos gubernamentales, al sector privado y a la comunidad en general para que apoyen a las organizaciones de voluntarios que fomenten la aplicación de medidas no privativas de la libertad.

18.2. Se organizarán regularmente conferencias, seminarios, simposios y otras actividades para hacer cobrar conciencia de la necesidad de que la sociedad participe en la aplicación de medidas no privativas de la libertad.

18.3. Se utilizarán todos los medios de comunicación para propiciar una actitud constructiva en la comunidad, que dé lugar a actividades que propicien una aplicación más amplia del régimen no privativo de la libertad y la reinserción social de los delincuentes.

18.4. Se hará todo lo posible por informar a la sociedad acerca de la importancia de su función en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad.

19. Voluntarios

19.1. Los voluntarios serán seleccionados cuidadosamente y contratados en función de las aptitudes y del interés que demuestren en su labor. Se impartirá capacitación adecuada para el desempeño de las funciones específicas que les hayan sido encomendadas y contarán con el apoyo y asesoramiento de la autoridad competente, a la que tendrán oportunidad de consultar.

19.2. Los voluntarios alentarán a los delincuentes y a sus familias a establecer vínculos significativos y contactos más amplios con la comunidad, brindándoles asesoramiento y otras formas adecuadas de asistencia acorde con sus capacidades y las necesidades del delincuente.

19.3. Los voluntarios estarán asegurados contra accidentes, lesiones y daños a terceros en el ejercicio de sus funciones. Les serán reembolsados los gastos autorizados que hayan efectuado durante su trabajo. Gozarán del reconocimiento público por los servicios que presten en pro del bienestar de la comunidad.

VIII. INVESTIGACIÓN, PLANIFICACIÓN Y FORMULACIÓN Y EVALUACIÓN DE POLÍTICAS

20. Investigación y planificación

20.1. Como aspecto esencial del proceso de planificación, se hará lo posible para que las entidades tanto públicas como privadas colaboren en la organización y el fomento de la investigación sobre la aplicación a los delincuentes de un régimen no privativo de la libertad.

20.2. Se harán investigaciones periódicas de los problemas que afectan a los destinatarios de las medidas, los profesionales, la comunidad y los órganos normativos.

20.3. Dentro del sistema de justicia penal se crearán mecanismos de investigación e información para reunir y analizar datos y estadísticas sobre la aplicación a los delincuentes de un régimen no privativo de la libertad.

21. Formulación de la política y elaboración de programas

21.1. Se planificarán y aplicarán sistemáticamente programas de medidas no privativas de la libertad como parte integrante del sistema de justicia penal en el marco del proceso nacional de desarrollo.

21.2. Se efectuarán evaluaciones periódicas con miras a lograr una aplicación más eficaz de las medidas no privativas de la libertad.

21.3. Se realizarán estudios periódicos para evaluar los objetivos, el funcionamiento y la eficacia de las medidas no privativas de la libertad.

22. Vínculos con organismos y actividades pertinentes

22.1. Se crearán a diversos niveles mecanismos apropiados para facilitar el establecimiento de vínculos entre los servicios encargados de las medidas no privativas de la libertad, otras ramas del sistema de justicia penal, y los organismos de desarrollo y bienestar social, tanto gubernamentales como no gubernamentales, en sectores como la salud, la vivienda, la educación, el trabajo y los medios de comunicación.

23. Cooperación internacional

23.1. Se hará lo posible por promover la cooperación científica entre los países en cuanto al régimen sin internamiento. Deberán reforzarse la investigación, la capacitación, la asistencia técnica y el intercambio de información entre los Estados Miembros sobre medidas no privativas de la libertad, por conducto de los institutos de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente y en estrecha colaboración con la Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal del Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios de la Secretaría de las Naciones Unidas.

23.2. Deberán fomentarse los estudios comparados y la armonización de las disposiciones legislativas para ampliar la gama de opciones sin internamiento y facilitar su aplicación a través de las fronteras nacionales, de conformidad con el Tratado modelo sobre el traspaso de la vigilancia de los delincuentes bajo condena condicional o en libertad condicional⁶⁴⁷.

⁶⁴⁷

ANEXO III: LOS PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE LA UTILIZACIÓN DE PROGRAMAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN MATERIA PENAL DE NACIONES UNIDAS DE 2002⁶⁴⁸

PREÁMBULO

Recordando que en el mundo entero ha habido un significativo aumento de las iniciativas en materia de justicia restaurativa,

Reconociendo que esas iniciativas a menudo se basan en formas de justicia tradicionales e indígenas en las que el delito se considera fundamentalmente un daño a la persona,

Recalcando que la justicia restaurativa es una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades,

Destacando que este enfoque permite a los afectados por un delito compartir abiertamente sus sentimientos y experiencias y tiene por objeto atender sus necesidades,

Consciente de que este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa; permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad; y permite a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia,

Observando que la justicia restaurativa da origen a una serie de medidas que son flexibles en su adaptación a los sistemas de justicia penal vigentes y complementan esos sistemas, teniendo en cuenta las circunstancias jurídicas, sociales y culturales,

⁶⁴⁸ Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social.

Reconociendo que el uso de la justicia restaurativa no menoscaba el derecho de los Estados de perseguir a los presuntos delincuentes,

I. DEFINICIONES

1. Por “programa de justicia restaurativa” se entiende todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos.

2. Por “proceso restaurativo” se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas.

3. Por “resultado restaurativo” se entiende un acuerdo logrado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente.

4. Por “partes” se entiende la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito que participen en un proceso restaurativo.

5. Por “facilitador” se entiende una persona cuya función es facilitar, de manera justa e imparcial, la participación de las partes en un proceso restaurativo.

II. UTILIZACIÓN DE PROGRAMAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

6. Los programas de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional.

7. Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente. La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Se llegará a los acuerdos de forma voluntaria y sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas.

8. La víctima y el delincuente normalmente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un proceso restaurativo. La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos judiciales ulteriores.

9. Las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales entre las partes, se deben tener en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso.

10. La seguridad de las partes debe ser tenida en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso.

11. Cuando los procesos restaurativos no sean un recurso apropiado o posible, el caso deberá remitirse a la justicia penal y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la manera de proceder. En esos casos, los funcionarios de justicia penal se esforzarán por alentar al delincuente a que asuma su responsabilidad para con la víctima y las comunidades afectadas, y apoyarán la reintegración de la víctima y del delincuente en la comunidad.

III. FUNCIONAMIENTO DE LOS PROGRAMAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

12. Los Estados Miembros deben considerar la posibilidad de establecer directrices y normas, con base legislativa cuando sea preciso, que rijan la utilización de los programas de justicia restaurativa. Esas directrices y normas deberán respetar los principios básicos aquí enunciados y versarán, entre otras cosas, sobre lo siguiente:

- a) Las condiciones para la remisión de casos a los programas de justicia restaurativa;
- b) La gestión de los casos después de un proceso restaurativo;
- c) Las calificaciones, la capacitación y la evaluación de los facilitadores;
- d) La administración de los programas de justicia restaurativa;
- e) Las normas de competencia y las reglas de conducta que regirán el funcionamiento de los programas de justicia restaurativa.

13. En los programas de justicia restaurativa, y en particular en los procesos restaurativos, deben aplicarse salvaguardias básicas en materia de procedimiento que garanticen la equidad para con el delincuente y la víctima:

- a) A reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, la víctima y el delincuente deben tener derecho a consultar a un asesor letrado en relación con el proceso restaurativo y, en caso necesario, a servicios de traducción o interpretación. Los menores, además, tendrán derecho a la asistencia de los padres o el tutor;
- b) Antes de dar su acuerdo para participar en procesos restaurativos, las partes deben ser plenamente informadas de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión;
- c) No se debe coaccionar a la víctima ni al delincuente para que participen en procesos restaurativos o acepten resultados restaurativos, ni se los debe inducir a hacerlo por medios desleales.

14. Las conversaciones mantenidas en los procesos restaurativos que no sean públicos tendrán carácter confidencial y no deberán revelarse ulteriormente, salvo acuerdo de las partes o si la legislación nacional dispone otra cosa.

15. Los resultados de los acuerdos dimanantes de programas de justicia restaurativa, cuando proceda, deberán ser supervisados judicialmente o incorporados a decisiones o sentencias judiciales. Cuando así ocurra, los resultados tendrán la misma categoría que cualquier otra decisión o sentencia judicial y deberán excluir la posibilidad de enjuiciamiento por los mismos hechos.

16. Cuando no se llegue a un acuerdo entre las partes, el caso deberá someterse al proceso de justicia penal ordinario y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la forma de proceder. El solo hecho de no haber llegado a un acuerdo no podrá ser invocado en ulteriores procedimientos de justicia penal.

17. El incumplimiento de un acuerdo concertado en el curso de un proceso restaurativo deberá remitirse al programa restaurativo o, cuando así lo disponga la legislación nacional, al proceso de justicia penal ordinario, y deberá adoptarse sin demora una decisión sobre la forma de proceder. El incumplimiento de un acuerdo, distinto de una decisión o sentencia judicial, no deberá servir de justificación para imponer una condena más severa en ulteriores procedimientos de justicia penal.

18. Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial, con el debido respeto a la dignidad de las partes. En ese sentido, velarán por que las partes actúen con mutuo respeto y deberán hacer posible que las partes encuentren una solución pertinente entre sí.

19. Los facilitadores deberán poseer un buen conocimiento de las culturas y las comunidades locales y, cuando proceda, recibirán capacitación inicial antes de asumir sus funciones de facilitación.

IV. DESARROLLO CONTINUO DE LOS PROGRAMAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

20. Los Estados Miembros deben considerar la posibilidad de formular estrategias y políticas nacionales encaminadas al desarrollo de la justicia restaurativa y a la promoción de una cultura propicia para la utilización de la justicia restaurativa, entre las autoridades policiales, judiciales y sociales y las comunidades locales.

21. Se deben celebrar consultas periódicas entre las autoridades de justicia penal y los administradores de programas de justicia restaurativa para elaborar una concepción común de los procesos y resultados restaurativos y potenciar su eficacia a fin de acrecentar la utilización de programas restaurativos y estudiar medios de incorporar criterios de tipo restaurativo a las prácticas de justicia penal.

22. Los Estados Miembros, en cooperación con la sociedad civil cuando proceda, deberán promover la investigación sobre los programas de justicia restaurativa y su evaluación para determinar en qué medida producen resultados restaurativos, sirven de complemento o alternativa al proceso de justicia penal, y arrojan resultados positivos para todas las partes. Los procesos de justicia restaurativa pueden requerir cambios concretos con el paso del tiempo. Por consiguiente, los Estados Miembros deben alentar la evaluación y modificación periódicas de esos programas. Los resultados de las investigaciones y evaluaciones deberán orientar la ulterior elaboración de políticas y programas.

V. CLÁUSULA DE SALVAGUARDIA

23. Nada de lo enunciado en estos Principios básicos afectará a los derechos del delincuente o de la víctima reconocidos por la legislación nacional o el derecho internacional pertinente.

ANEXO IV: VI CONGRESO NACIONAL DE PASTORAL PENITENCIARIA. PRIMER PREMIO EN EL CONCURSO DE REDACCIÓN SOBRE «ALTERNATIVAS A LAS PENAS DE PRISIÓN»⁶⁴⁹.

Luca Tarantino. El Rosario (Tenerife)

No hay espacio más grande que el dolor, no hay universo como aquel que sangra.

Nos alejan de los pueblos para no escuchar nuestros lamentos. Gracias por abrirnos esta pequeña ventana hacia el mundo y por preguntarnos sobre un tema que tan de cerca nos afecta. Pero hay algo que no acabo de entender. Me siento como aquel señor que lleva una semana caminando en el desierto, bajo el sol, al que le preguntan: ¿Qué marca de agua mineral cree usted sea la mejor? y el señor sabe que de esa agua nunca beberá. Pero el tema que hoy nos ocupa es digno de ser discutido y aunque yo tampoco beberé de esta agua, les diré lo que he pensado y pienso sobre una posible forma alternativa de ajustar las cuentas con la Justicia, con la sociedad y con uno mismo.

Encima de mi mesita, hecha con cajas de fruta (de primera calidad), tengo el artículo de una revista que me ha sugerido la idea que a continuación les comentaré, pero antes de empezar quisiera decirles que si por un lado ese artículo me ha inspirado algo positivo, por otro lado me ha hecho reflexionar sobre lo muy poco que de verdad nos quiere el mundo.

El artículo habla de cómo la sociedad está cambiando y se está sensibilizando respecto al problema de la basura. Desde luego, es algo importante, no hay duda, y no me sorprendió ver la cantidad de dinero que se está invirtiendo en nuevas plantas de reciclaje de basura.

⁶⁴⁹ «Alternativas a las penas de prisión», *Corintios XIII, Revista de Teología y pastoral de la Caridad, Por una pastoral de Justicia y Libertad*, Actas del VI Congreso Nacional de Pastoral Penitenciaria, Madrid. 15 – 17 de septiembre del 2000, N° 97 – 98, enero – junio 2001, Caritas Española, Conferencia Episcopal Española, Comisión Episcopal de Pastoral Social, Departamento de Pastoral Penitenciaria, pp. 633 – 643.

Señores siento verdadera envidia hacia la basura. Quisiera ser tratado con la cura y el interés con que se trata a la porquería que la gente tira a los cubos. Sé que suena absurdo, pero esta es la realidad: es más importante intentar sacar provecho de la basura que intentar hacerlo con lo que muchos llaman *basura humana*, es decir, los presos.

En lugar de arrinconarnos en estos vertederos malolientes, sin aprender nada, sin producir nada y sin tener la posibilidad de poder mejorar en nada, ¿por qué no se transforman las cárceles en algo parecido a las plantas de reciclaje? En sentido metafórico, claro está, pero con el mismo principio y el mismo fin: sacar todo lo que hay de bueno en unas personas que son todo, menos delincuentes, o son delincuentes porque nunca nadie les ha ofrecido una oportunidad para ser distintos.

Hoy en día se gastan miles de millones para mantener en función unas maquinarias absurdas e inútiles como lo son las cárceles, sin ofrecer ninguna oportunidad verdadera de rehabilitación a los presos. Lo que de vez en cuando se ve por la tele, sobre esas cárceles modelo donde todos trabajan y aprenden algo, en la mayoría de las provincias de España no existe, y de todas formas, no es ese el tipo de reciclaje que yo propongo.

La cárcel es una verdadera Universidad del Crimen, y ofrecer trabajo a los presos no es suficiente para obtener resultados en el plan de rehabilitación. La gente de la Pastoral que nos viene a ver aquí dentro sabe de lo que estoy hablando, porque son los únicos que conocen algo de la cárcel y de nuestra vida aquí dentro, así que doy por hecho que los lados negativos de la cárcel ya están discutidos.

Quiero ir directamente al grano, para no desperdiciar espacio precioso en comentarios que eventualmente podré añadir al final, si será posible. También quisiera pedir disculpas por los errores que podrán encontrar en mi escrito: soy italiano y el castellano no es mi idioma, claramente, aunque últimamente he tenido tiempo suficiente para estudiarlo y practicarlo.

Mi propuesta de *reciclaje humano* se divide en varias etapas o niveles, más o menos como en las plantas de reciclaje verdaderas, donde se separa meticulosamente cada producto por sus características y se envía, siguiendo un recorrido de preparación, lim-

pieza, etc. hacia el final del ciclo, donde llegará un producto nuevo, listo para volver a la sociedad.

En *mi planta* (la llamaré así para no confundirnos) las cosas podrían funcionar de una manera parecida a los ejemplos que voy a presentar en seguida: El concepto de “planta” es abstracto y no se refiere a una única estructura donde las personas entran por un lado “malas” y salen por el otro “buenas”, está claro. La “planta” será toda una serie de medidas alternativas a la cárcel, guiada por un equipo de profesionales, especializados en todo tipo de problemas relacionados con la delincuencia. El equipo estará formado por psiquiatras, psicólogos, médicos, abogados, asistentes sociales, educadores, etc.. Y será el corazón de la “planta”. Trabajará con estricta colaboración con la Magistratura: los jueces, a través de un regular juicio, determinarán si la persona es culpable o inocente y el equipo estudiará de forma muy personalizada el caso, valorando de verdad (y no como se hace ahora..), la situación psicofísica, el arraigo familiar y social, la edad y el entorno socio – cultural de la persona culpable de un delito, estableciendo cuál deberá ser la medida que más se adecúa a la problemática del sujeto, buscando la forma mejor para obtener unos resultados positivos en el plan de la rehabilitación y de la reinserción en la sociedad.

El principio del reciclaje es el mismo que se deberá adoptar con las personas, y lo primero será la separación de los elementos, para poder aplicar a cada uno la medida que necesita. La primera separación todos sabemos cuál será: los toxicómanos. Creo que los toxicómanos deberían ser atendidos, desde hace muchos años, por centros de desintoxicación y rehabilitación. Son unos enfermos y están condenados a vivir un infierno todos los días por culpa de la adicción, y meterlos en la cárcel, aparte de inútil y cruel, es también un riesgo para los demás presos, que no siempre tiene ganas de estar pendientes de zapatillas, de la chaqueta, etc. Y más de una vez (miles de veces) se forman broncas por culpa de esos pequeños robos, llevados a cabo para conseguir el dinero de la papelina. Y esa es la faceta menos dramática del problema, porque podría añadir el tema de las enfermedades, tales como hepatitis, tuberculosis, sida, etc.

Entonces, una vez separados los toxicómanos y enviados a centros de rehabilitación, donde el equipo de profesionales decidirá qué tipo de terapia y por cuánto tiempo esa persona tendrá que ser sometida al tratamiento, la población carcelaria ser vería

drásticamente reducida de número ¿tal vez quedaría la mitad? Como dije anteriormente, en “mi planta” los casos serán estudiados de forma individual y las decisiones sobre las medidas cautelares serán tomadas por todo el equipo, garantizando de esa manera la objetividad y la igualdad en el trato hacia las personas condenadas.

Pensando en las dos distintas formas de formular una condena (la actual y la del equipo), me viene a la mente la imagen del Juez, comparado con el encargado del vertedero de basura, que con el camión descarga toda la porquería en un rincón y se acabó el trabajo, y por otro lado veo a los técnicos de la planta de reciclaje de basura seleccionando los plásticos, los vidrios, etc... que me recuerdan mucho a los profesionales de “mi planta”, mientras estudian la personalidad de los imputados y deciden el tipo de terapia que necesitan. Qué diferencia ¿verdad? Volviendo a lo nuestro, no podré hacer una lista de delitos con las relativas medidas cautelares sería demasiado largo como tema; así que haré unos ejemplos para que se entienda el enfoque que pretendo explicar.

El sentido común ayudará en la explicación, ahorrándome todos los detalles sobre los delitos y dejando que ustedes mismos asocien la gravedad de los actos con las medidas que propondré y con las características del individuo en cuestión. Por ejemplo, no tendrá la misma gravedad el robo de un coche cometido por un chaval sin antecedentes en una noche de borrachera, con el mismo robo cometido por un profesional del tema con muchos antecedentes.

El “reciclaje humano” se basa en un principio humanitario, según el cual una persona que se equivoca puede arreglar los daños provocados a través de sanciones económicas, trabajo part – time para el Ayuntamiento o par empresas relacionadas con la estructura de la “planta”. Más adelante explicaré mejor a lo que me refiero cuando hablo de esas empresas.

Un peldaño más arriba y nos encontraríamos con la verdadera “planta de reciclaje”: casas de trabajo de tipo industrial, agrícola, artesanal y de estudio o preparación laboral. Estas casas podrán estar relacionadas con las empresas públicas o privadas que nombré anteriormente. En ellas habrá un estricto control por parte del equipo (más equipo, menos guardias) y las formas de acceder a ellas serán varias, dependiendo del

juicio del equipo (y no del Juez), y en relación a la gravedad del delito y a la situación personal del sujeto en cuestión.

Podrán acceder a ella los acusados de delitos menores, trabajando de día y volviendo a su casa por la noche; podrán acceder a ella personas condenadas a trabajar sólo unos días por semana y, finalmente, podrá haber personas con obligación de residencia, con permisos de fin de semana o fijos, en observación durante un tiempo, para poder establecer si la persona manifiesta voluntad para ganarse más derechos. Como última medida, quedaría la cárcel de hoy en día, pero sólo para las personas que hayan rechazado todas las posibilidades que se le han ofrecido y que no manifieste ningún interés en mejorar como persona. Creo que en la cárcel quedarían pocos presos y con el tiempo habría cada vez menos.

La tolerancia, el altruismo y el amor hacia el prójimo son el alma del “reciclaje humano”. Sin ellos seguirá habiendo represión y reacción a la represión, causando el círculo vicioso en el que nos encontramos ahora. Será cada vez peor y los delincuentes serán cada vez más jóvenes y peligrosos, por el odio que provoca un sistema injusto y falso como el nuestro, donde hay grandes personajes corruptos y condenados en libertad y “pringaos” como yo, que llevo tres años preso esperando un juicio que no llega. Que empiecen a seleccionar y reciclar desde hoy mismo, para que el día de mañana no tengamos que vivir entre montañas de basura humana. Nadie nace sabio y muchas veces la gente necesita otra oportunidad.

Paz y amor.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

- AERTSEN, I., *Victim - Offender Mediation in Belgium*, Victim - Offender Mediation in Europe - Making Restorative Justice Work, Leuven, Leuven University Press, 2000.
- AERTSEN, I., MACKAY, R., PELIKAN, C., WILLEMSSENS, J., y WRIGHT M., *Rebuilding Community Connections-Mediation and Restorative Justice in Europe*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2004.
- ALDER, C., y WUNDERSITZ., *Family Group Conferencing and Juvenile Justice: The Way Forward or Misplaced Optimism?*, Canberra, ACT: Instituto Australiano de Criminología, 1994.
- ALEXY, R., *La institucionalización de la justicia*, Granada, Ed. Comares, 2005.
- ALONSO OLEA, M., DÍEZ-PICAZO, L., GARCÍA DE ENTERRIA, E., GONZÁLEZ PÉREZ, J., MENÉNDEZ, A., RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Constitución Española de 1978*, Biblioteca de Legislación, Madrid, Civitas S.A., 2ª ed. 1986.
- AÑÓN, M.J., JAVIER DE LUCAS, ANGELA APARISI, EMILIA BEA, ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ, FRANCISCO LÓPEZ, ERNESTO VIDAL, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, Argentina, Ed. Sudamericana, 2000.
- AROSTEGUI, J. «Violencia, sociedad y política: la definición de la violencia» (Edit.), *Violencia y política en España*, Madrid, 1994.
- ARTIGAS, M., *Introducción a la filosofía*, Pamplona, Eunsa, 4ª Ed. 1995.
- BACH, K., *Justicia Restaurativa: antecedentes, significado y diferencias con la justicia penal*. http://www.justiciarestaurativa.com/Revista_Historia.htm.
- BACIGALUPO, «La ciencia europea del Derecho Penal», *Revista de Ciencias Penales*, 1999, Vol. 2, enero – junio, núm.1.
- BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, Ed. Tecnos, 2001.
- BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*, Madrid, Ed. Tecnos, 2002.
- BALLESTEROS, J., *Repensar la paz*, Madrid, Ediciones Internaciones Universitarias, 2006.

- BAZEMORE, G., y UMBREIT, M., *Conferences, Circles, Boards, and Mediations: Restorative Justice and Citizen Involvement in the Response to Youth Crime*, St. Paul, MN, Balance y Proyecto de Justicia Restaurativa, 1998.
- BLANCO R., DIAZ A., HESKIA J., ROJAS H., *Justicia Restaurativa: Marco Teórico, Experiencias Comparadas y Propuestas de Política Pública*, Colección de Investigaciones Jurídicas, Vol. 6, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2004.
- BRAITHWAITE, J., *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Melbourne, Oxford University Press, 2002.
- BRENES QUESADA, C., *Justicia Restaurativa. Una herramienta para la solución al fenómeno de la criminalidad costarricense*, San José, Costa Rica, 2009.
- BURGOS, J. M., *El Personalismo*, Madrid, Ed. Palabra, 2000.
- BURGRAFF, Y., *Vivir y convivir en una sociedad multicultural*, Pamplona, Ed. Eunsa, 2000.
- CABALLERO, N., *Cómo enseñaba a orar Santa Teresa*, Burgos, Ed. Monte Carmelo, 2003.
- CABALLERO, N., *Evangeliza tu cuerpo*, Madrid, Ed. El Perpetuo Socorro, 2012.
- CABELLO TIJERINA, P.A., *La mediación como política social aplicada al fortalecimiento de la cultura de la paz en México y España*, Tesis Doctoral, (Dir. MOLINA CANO, J.) Doctorado en Intervención Social y Mediación, Facultad de Trabajo Social, Universidad de Murcia, 2012, pág. 304.
- CAYLEY, D., *The Expanding Prision: The Crisis In Crime And Punishment And The Search For Alternatives*, Toronto, Ed. House of Anansi, 1998.
- CHINCHILLA FERNÁNDEZ, M., *Justicia Restaurativa en Costa Rica. Instauración de la Justicia Restaurativa en el Ministerio Público de Costa Rica. Principales Retos*, San José, Costa Rica, Ed. Iustel, 2009.
- CHRISTIE, N., *Conflicts as Property*, British Journal of Criminology, vol.17, pp. 1-15.
- CHRISTIE, N., artículo "Justicia Restaurativa. Cinco peligros a enfrentar", *Revista Nueva Doctrina Penal*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Ed. Editores del Puerto s.r.l., 2007.
- CHRISTIE, N., *Los límites del dolor*, Ed. Fondo de Cultura económica, 1984.
- CHRISTIE, N., *La industria del control del delito ¿La nueva forma del Holocausto?* Editores del Puerto, 1993.

- CHRISTIE, N., *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- CHRISTIE, N., *Una cantidad adecuada de la delincuencia*, 2004.
- CHRISTIE, N., *Más allá de la soledad y las instituciones. Municipios de gente extraordinaria*, 2007.
- CHRISTIE, N., *Límites de dolor: El papel del castigo en la política penal*, 2007.
- COMINS MINGOL, I., “Antropología Filosófica para la Paz: Una revisión crítica de la disciplina.” *Revista Paz y Conflictos*, núm. 1, 2008.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura*, Parte General, 2ª edición, Ed. Colex, 1999.
- CONTRERAS F., RAMIS R., CARPINTERO F., BELLVER V., GALLEGO E., *El Sentido de la Libertad. Historia y vigencia de la idea de Ley Natural*, Barcelona, Ed. Stella Maris, 2014.
- CORINTIOS XIII *Revista de Teología y Pastoral de la Caridad. Iglesia, Colectivos vulnerables y Justicia Restaurativa*, “Por una pastoral de justicia y libertad”. VIII Congreso Nacional de Pastoral Penitenciaria. Madrid 10 al 12 de septiembre de 2010. Enero – Junio 2011. n.º 137 – 138, pág. 65.
- CORNEJO YANCE, G. J., *La Justicia Transformativa: Bases para una real cultura de la Paz*. Revista “El Digital de Derecho”.
- CORTS GRAU, J., *Historia de la Filosofía del Derecho*. Ed. Nacional, 1960.
- CORTS GRAU, J., “Axiología y Iusnaturalismo” en *Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía*. Mendoza. Argentina. Marzo – abril 2009. Tomo 2.
- COUNCIL OF EUROPE, *European Court of Human Rights*, [Convenio Europeo de Derechos Humanos], modificado por los Protocolos número 11 y 14, completado por el Protocolo adicional y los Protocolos números 4, 6, 7, 12 y 13, Estrasburgo. El Protocolo n° 14 (STCE n° 194) entró en vigor el 1 de junio de 2010.
- DALY, K.. Mind the gap: Restorative justice in theory and practice. En A. von Hirsch, J. Roberts, A. E. Bottoms, K. Roach y M. Schiff (Eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford: Hart Publishing, 2003.
- DALY, K., y HAYES, H., Restorative Justice and Conferencing in Australia. *Trends and Issues in Criminal Justice*, 2001.
- DALY, K., y HAYES, H., Restorative Justice and Conferencing, en Graycar A. y P. Grabosky (Eds.), *The Cambridge Handbook of Australian Criminology (El ma-*

- nual de criminología australiana de Cambridge*). Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- DELORS, J., *La educación encierra un tesoro*, Informe a la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la educación para el siglo XXI, España, Ediciones UNESCO, 1996.
- DE AZCARATE, P. *Obras completas de Platón*, Madrid, 1871.
- DE JORGE MESAS: *La mediación en el proceso penal español: Experiencias en la jurisdicción penal ordinaria*, vol. 18. n° 2 y 3, 2000.
- DEL RIQUELME HERRERO, M., Secretaria General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), *Mediación Penal: marco conceptual y referentes*, Guía conceptual para el diseño y ejecución de planes estratégicos nacionales de mejora y fortalecimiento de la mediación penal, Programa para la cohesión social en América Latina, Eurosocietal II, julio, 2013.
- ETIENNE, G., *El amor a la sabiduría*, Caracas, Ed. Ayse, 1974.
- FELLEGI, B. "Meeting the Challenges of Introducing Victim-Offender Mediation in Central and Eastern Europe". *Foro Europeo para la Mediación Víctima – Delincuente y Justicia Restaurativa*. Leuven, 2003.
- FERRER ARELLANO, J., «Propuesta de una epistemología jurídica: Los cinco tipos de conocimiento jurídico (distinción y nexos)»
- FERNÁNDEZ, E., *¿Estados Fallidos o Estados en crisis?* Colección Filosofía, derecho y sociedad, Granada, Ed. Comares, 2009.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., SALGADO GONZÁLEZ, S., «Filosofía medieval en el cristianismo: Agustín de Hipona y Tomás de Aquino», *Revista de Filosofía Duederías*, Serie Historia de la Filosofía, 2012, Vol. 6, pág. 28.
- FERNÁNDEZ HERRERÍA A. y LÓPEZ LÓPEZ M., «Educar para la paz. Necesidad de un cambio epistemológico», *Revista de Ciencias Sociales Convergencia*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 2014, enero-abril, núm.64, pp. 117-142.
- FIADJJOE, A., *Alternative Dispute Resolution: a developing world perspective*. Londres 2004.
- FISAS ARMENGOL, V., *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Barcelona, 1998.
- FOGEL, D y GALAWAY, B., *Restitución en Justicia Penal: Un experimento de Minnesota*, Boletín de Derecho Penal.

- FRANCÉS, P., «Programa de mediación penal y reparación del daño en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Pamplona: una experiencia», *Conocer, Reconocer y Reparar a las Víctimas*, Libro de Resúmenes del II Congreso de la Sociedad Española de Victimología, (Organización Sociedad Vasca de Victimología, Euskal Biktimologia Sozietatea), Palacio de Miramar, Donostia, San Sebastián, 25 a 27 de junio de 2007, pág. 100.
- FUENTES MENDIOLA, A.: *La alegría de perdonar, el odio superado por el amor*. Bilbao, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2010.
- GALTUNG, J., *¿Hay alternativas!: 4 Caminos hacia la paz y la seguridad*, Madrid, Ed. Tecnos, 1984.
- GALTUNG, J., *Contribución específica de la irenología en el estudio de la violencia: tipologías*; en DOMENACH, J.M., LABORIT, H. y otros, *La violencia y sus causas*, París, 1981, pp. 91-106.
- GALTUNG, J., «Los fundamentos de los estudios sobre la paz», en RUBIO, A. (Edit.), *Presupuestos teóricos y éticos sobre la paz*. Granada, 1998, pp. 15-45, en concreto pág. 15.
- GALTUNG, J., *Sobre la Paz*, Barcelona, Ed. Fontamara, 1985.
- GALTUNG, J., *Paz por Medios Pacíficos: Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Bilbao, Gernica Gogoratuz, 2003.
- GARCIA GARCIA- CERVIGÓN: La mediación penal de adultos en Portugal *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.
- GARCÍA MURGA J.R., *El Dios del amor y de la paz*, Universidad Pontificia de Comillas de Madrid.
- GARRIDO ARREDONDO, J., “Mediación y mediadores en el tráfico jurídico romano” *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 72. 2002, pp. 259-280.
- GARRIDO RUIZ, R., *Apuntes sobre mediación intrajudicial*, Boletín del Departamento de Pastoral Penitenciaria (CEPS), n.º 35, Madrid, mayo 2012.
- GIRARDI, G., *La Túnica Rasgada, La identidad cristiana, hoy, entre liberación y restauración*. Colección Presencia Teológica núm. 62, Santander, Ed. Sal Terrae, 1991.
- GOMPERZ, Th., *Pensadores griegos*, Barcelona, Ed., Herder, 2000. 3 vol.
- GORDILLO SANTANA, L. F., *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*, Madrid, Ed. Iustel, 2007.

- GRIFFITHS, C.T: «Sanctioning and Healing: Restorative Justice in Canadian Aboriginal Communities», *Internacional Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 20 (2), Canadá, 1996, pp. 195-208.
- GRIGNION DE MONFORT, San L.M^a, *Tratado de la Verdadera Devoción a la Santísima Virgen*, 16^a edición, Sevilla, Ed. Apostolado Mariano, 2009.
- GUARDIOLA, M.^a J. (Dir.), ALBERTI, M., CASADO, C., MARTINS, S., y SUSANNE, G., *¿Es el Conferencing una herramienta útil para los programas de mediación en el ámbito penal del Departamento de Justicia?*, Barcelona, Ed. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, [Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada], noviembre, 2011, pág. 10 y ss.
- HÄRING, B., *È tutto in gioco. Svolta nella teologia morale e restaurazione*, [Está todo en juego Giro en la Teología moral y restauración], (Traducción Rafael Pérez), Madrid, Ed. PPC, 1995.
- HUDSON, J., *Justicia Restaurativa: perspectivas internacionales*,. Monsey, Nueva York: Prensa de Justicia Penal. 1996. Pág. 1 – 14.
- HEGEL, G., *Fenomenología del Espíritu*. Trad. Wenceslao Roces, Fondo de cultura económica, México, 1982, pág. 27.
- JIMÉNEZ BAUTISTA, F. y RUEDA PENAGOS Z., «Hacia un paradigma pacífico: La paz mundo, la paz compleja y la paz neutra», *Revista Científica Ra-Ximhai* México, Universidad Autónoma Indígena de México, 2012, vol. 8, septiembre-diciembre, núm. 3.
- JUAN PABLO II Encíclica *Fides et Ratio*
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «En búsqueda de la Tercera Vía. La llamada “Justicia Restaurativa”, “Reparativa”, “Reintegrativa”, o “Restitutiva», *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo – Perrot, 2006, marzo/abril, pág. 101 – 140.
- KITTAYARAK, K., “Restorative Justice in Thailand”, *Taller para Mejorar la Reforma de la Justicia Penal, Décimoprimer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal*, Bangkok, Tailandia, 18 – 25 de abril de 2005.
- KNOEPFLER, J., *Victim – offender mediation in Switzerland* en Newsletter of the European Forum for Victim – Offender Mediation and Restorative Justice, vol. 3, parte 2, junio 2002, pp. 4 y ss.
- KUHN T., *The Structure of Scientific Revolutions*, (Trad Agustín Contín), Madrid, F. C. E., [1962], 2001, pp. 82-83.

- KÜNG, H. - KUSCHEL, K.J., *Hacia una ética mundial. Declaración del Parlamento de las religiones del mundo*, Trotta, Madrid 1993.
- KÜNG, H., *Projeto de Ética Mundial. Uma moral Ecumênica em vista da sobrevivência humana*, São Paulo, Paulinas, 2001.
- LAFITTE, J: *El perdón transfigurado*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 1999.
- LEDERACH, J., *Elementos para la resolución de conflictos*, México, 1990.
- LEUNG, M., *The Origins of Restorative Justice*, en <http://www.cfcj-fcjc.org/full-text/leung.htm>
- LLOREDO ALIX, L., «El Positivismo jurídico como paradigma de pensamiento (a propósito de Rudolf Von Jhering)» en *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, núm.1.
- LOPEZ AZPITARTE, E., *Hacia una nueva visión de la ética cristiana*, (Colección Presencia Teológica), Santander, Ed. Sal Terrae, 2003.
- MCCOLD, P., “A survey of Assessment Research on Mediation and Conferencing”, *Repositioning Restorative Justice*, Devon, U.K. Wilalan Publishing, 2003, pp. 67 – 120.
- MARCO PERLES, G.S, «“Bien común” e “interés general” en la retórica de los poderes públicos: ¿Conceptos intercambiables?» *Anuario Filosófico*, XLII/3, 2009.
- MARSHALL, T., *Restorative Justice. An Overview*, Home Office, 1999.
- MARTIN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de la Administración de Justicia*. Premio “Rafael Martínez Emperador” 2009 Centro de Documentación Judicial. Consejo General del Poder Judicial. 2010.
- MARTÍNEZ ARRIETA, A., «La mediación como tercera vía de respuesta a la infracción penal», *Mediación Penal y Penitenciaria, 10 años de camino*, Madrid, Fundación Ágape, 2010.
- MARTÍNEZ I CAMPS, M^a M., «Programa de mediación penal. Jurisdicción ordinaria», *Conocer, Reconocer y Reparar a las Víctimas*, Libro de Resúmenes del II Congreso de la Sociedad Española de Victimología, (Organización Sociedad Vasca de Victimología, Euskal Biktimologia Sozietatea), Palacio de Miramar, Donostia, San Sebastián, 25 a 27 de junio de 2007, pág. 117.
- MELENDO, T., *Introducción a la Filosofía*. Pamplona, Ed. Eunsa, 2007.

- MELINA, L., NORIEGA, J., PÉREZ-SOBA, J.J., Caminar a la luz del amor; Los fundamentos de la moral cristiana, (Colección Pelicano) Madrid, Ed. Palabra, 2007.
- MENNINGER W., *El proceso del Perdón*. Ed. Desclée de Brouwer, S.A. Bilbao, 2009.
- MENSAJERO, S.A.U., *La Biblia de Nuestro Pueblo*, (Texto-Traducción Biblia del Peregrino- Luis Alonso Shökel, Comentarios: Equipo Internacional), 2ª ed., España, Santander, Ed. Salterae, 2011.
- MERINO ORTIZ, C. y ROMERO ANTÓN C.: «Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo», *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 12, San Sebastián, 1998, pág. 285.
- MILLAN – PUELLES, A., *Léxico filosófico*, Madrid, Ed. Rialp, 2003.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, INSTITUTO DE LA MUJER (Coord. DURÁN Y LALAGUNA, P., VENTURA FRANCH, A.,) (Colabor. BERNARD MONFERRER, E., BURGOS GINER, Mª A., COLLADO MATUTANO, L., GARCÍA CAMPÁ, S., GARCÍA GUMBAU, E., GARRIGUES GIMÉNEZ, A., SENENT VIDAL, Mª J., SEVILLA MERINO, J., SOLER VILLAR, A.,) *Legislación Internacional, Europea, Constitucional y Administrativa en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Madrid, Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 37, 2004, pág. 192.
- MINISTRO DE OBRA PÚBLICA Y SERVICIOS GUBERNAMENTALES DE CANADÁ, *La resolución de reivindicaciones aborígenes: Guía práctica de las experiencias canadienses*, Ottawa, 2003, pág. 1.
- MONDIN, B., *Dizionario enciclopédico di Filosofia, Teologia e Morale*, Massimo, Milano, 1989.
- MONTESQUIEU., *El Espíritu de las Leyes* (vertido al castellano con notas y observaciones de Siro García del Mazo), Tomo I, Madrid, Librería General del Victoriano Suárez, Biblioteca de Derecho y de Ciencias Sociales, 1906, pág. 11 y ss.
- MOREAU, J: Aristóteles y su escuela. Joseph Moreau. Buenos Aires, Ed. Universitaria de Buenos Aires. 3ª Edición. 1993. Referencia M 1. 1 244
- MORIN, E. *El método, las ideas*. Madrid, Ed. Cátedra, 1992, pág. 216 y ss.
- MUERZA ESPARZA, J., *Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras normas procesales*, Colección Códigos Básicos, Navarra, Aranzadi, 2003.

- NEHLIN, C., *Victim – offender mediation in Sweden: a nation-wide pilot scheme*, Newsletter of the European Forum for Victim – offender mediation and Restorative Justice, vol. 1, parte 1, junio 2000, pp. 1 y ss.
- NICOLESCU B., *Manifiesto La Transdisciplinarietà*, (Trad. Norma Nuñez-Dentin y Gérard Dentin), París, Ed. Du Rocher, 1 de enero de 1996.
- ORTÍ, M.^a A., *Mediación Penitenciaria* Boletín del Departamento de Pastoral Penitenciaria (CEPS), n.º 35, Madrid, mayo 2012.
- OTTOBONI M., *¿Vamos a Matar el Criminal?* Prison Fellowship Internacional. Centro de Justicia y reconciliación. Washington DC, USA. 2002. Pág. 22.
- OUREDNICKOVA, L., *New developments in probation and mediation in the Czech Republic*, en Newsletter of the European Forum for Victim – Ofender Mediation an Restorative Justice, vol. 1, parte 2, noviembre 2000, pp. 1 y ss.
- PALMA CHAZARRA, L., Tesis Doctoral: La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal, Director: Dr. D. Borja Mapelli Caffarena, Universidad de Sevilla 2007.
- PARIS ALBERT, S., Tesis Doctoral: *La transformación de los conflictos desde una filosofía de la paz*, Universidad Jaume I de Castellón, 2005.
- PARKER, L., «El Uso de Prácticas Restaurativas en América Latina», *Justicia Restaurativa en Costa Rica: acercamientos teóricos y prácticos*, I Congreso de Justicia Restaurativa, Confraternidad Carcelaria Internacional, San José, Costa Rica, Junio de 2006.
- PIAGET, J., *Psicología y Epistemología*, Trad. Francisco J. Fernández, Ed. Planeta Agostino, México, 1986, pp. 7 y 15.
- PHILIPPIDIS, L.J., *Die goldene Regel, religionsgeschichtlich untersucht*, 1929.
- PONTI G., «Riparazione dei torti e giustizia concialitativa» en *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milán, Ed. Giuffrá, 1995, pág. 3.
- PRANIS, K., *Manual para Facilitadores de Círculos*, San José, Costa Rica, Ed. Conamaj, 2007.
- QUILES, I. Suma Teológica. Santo Tomas de Aquino (Selección) Introducción y notas por el P. Ismael Quiles. S.L. Profesor de Filosofía en la Facultad de Filosofía. Colegio Máximo de San José (San Miguel, Provincia de Buenos Aires) Octava Edición. Ed. Espasa – Calpe. S.A. Madrid. 26 de marzo de 1973. Colección Austral. n.º 310. Referencia: M.2.38

- RAHNER, K., *Sobre la unidad del amor a Dios y el amor al prójimo*, en «Escritos de Teología» VI, 271-292.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed., Madrid, Ed. Real Academia Española, 2014.
- REGGIO, F.: *Giustizia Dialogica, Luci e ombre della Restaurative Justice*. Franco Angeli. 2010.
- RODRIGUEZ RAMOS, L., (Director) MARTINEZ GUERRA, A., (Coordinadora), COLINA ORQUENDO, P., RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J., RODRÍGUEZ –RAMOS LADARIA, G., *Código Penal y Leyes Penales Especiales y Complementarias* (Concordado y comentado y con Jurisprudencia sistematizada), 3ª ed., Madrid, Ed. La Ley, 2009, pág. 171.
- ROJAS AMANDI, V. M., *Cuatro paradigmas de la epistemología jurídica*, México, Universidad Iberoamericana, 2006, pág. 385
- ROSS, R., *Returning to the Teaching: Exploring Aboriginal Justice*, Penguin Books, Toronto, 1996.
- ROSS, R., *Dancing with a Ghost*, Penguin Books, Toronto, 1ª Ed., 27 Enero 2006.
- RUIZ DE LA PEÑA, J.L. *Teología de la Creación*, Colección Presencia Teológica, Ed. Sal Terrae, Santander, 1986.
- SALGADO GONZÁLEZ, S., «El ideal de ciudad justa», *Revista de Filosofía Duederías*, (Serie Historia de la Filosofía), 2012, vol. 1, pág. 18.
- SALGADO GONZÁLEZ, S., «La Filosofía de Aristóteles», *Revista de Filosofía Duederías*, (Serie Historia de la Filosofía), 2012, Vol. 2, pág. 36.
- SANDEL, M., *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, Madrid, Debate, 2011
- SANGUINETI, J.J., *Introduzione alla filosofia*. Urbaniana University Press, Roma, 1992.
- SAN AGUSTÍN, *De Trinitate*, VIII, 8, 12, Madrid, Ed. BAC, 1968.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, J., *Programa de mediación jurídica*. Cáritas Diocesana de Albacete Boletín del Departamento de Pastoral Penitenciaria (CEPS), n.º 35, Madrid, mayo 2012.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., «El renacer de la víctima y el reconocimiento de sus derechos en la Unión Europea», en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid, Ed. Reus, S.A., 2011.
- SAYES, *Teología Moral Fundamental*, (Colección: Compendios de Estudios Teológicos núm. 17), Valencia, Ed. Edicep, 2003.

- SEMINARIO PRÁCTICO INTERNACIONAL sobre Justicia Restaurativa que tuvo lugar los días 5 y 6 de mayo de 2011 organizados por la Sociedad Científica de Justicia Restaurativa.
- SIÓN, JW., *Justicia Restaurativa Navajo: La Ley de Igualdad y la Justicia*, en Galaway B. y J. Hudson, *Justicia Restaurativa Perspectivas Internacionales*, Monsey, Nueva York, Prensa de Justicia Penal, 1996.
- STAUFFER, E., *Die Botschaft Jesu damals und Heute, Bern-München*, 1959, pp 55-56.
- STUART, B., *Círculos de establecimiento de la paz: Desde el Delito a la Comunidad*
- SUPPE, F., «Ejemplares, Teorías y Matrices Disciplinarias», [Estructura de las Teorías Científicas], (Trad. Pilar Carillo y Eloy Rada), Madrid, España, Ed. Nacional, 1979.
- SCHWAB M., *Manual de Derecho Penal Hebreo*, ed. Ediciones Jurídicas, Argentina, 2014.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., *Evaluación del Programa de Mediación Penal de Adultos del Departamento de Justicia*, Ed. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, 2013.
- TAMARIT SUMALLA, J., «La justicia restaurativa: Concepto, principios, investigación y marco teórico», en *La Justicia Restaurativa: Desarrollo y aplicaciones*, Granada, Ed. Comares, 2012.
- TOMAS DE AQUINO Cap. I del Libro I de la *Contra Gentes*
- TOMAS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho Español*. Ed. Tecnos. 4ª Ed. Pág. 75.
- TOUZARD, H., *La mediación y la solución de conflictos*, Barcelona, 1981.
- TRUJILLO, J., “Mediation: would it work in Spain too?” Universidad de Lovaina, Bélgica, Faculty of Law, Master in European Criminology, 2000, texto manuscrito.
- UNICEF, *La Convención sobre los Derechos del Niño 15 años después, América Latina*, UNICEF Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Panamá, 2004, pág. 15.
- U.N.O.D.C. «Anexo II. Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Utilización de los Programas de Justicia Restaurativa en materia penal de las Naciones Unidas de 2002», *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Serie de Manuales sobre Justicia Penal), Nueva York, Ed. United Nations, 2006.

- U.N.O.D.C., *Congresos de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal 1955-2010. 55 años de logros*, pág. 14.
- VARONA MARTINEZ: *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una nueva perspectiva criminológica*, Comares. Granada. 1998.
- VARONA MARTÍNEZ, G., «Criterios de Evaluación en la Justicia Restaurativa: Análisis Comparado e Internacional», en *Jornadas Transfronterizas, La Mediación Penal: un modelo de justicia restaurativa*, Donostia, San Sebastián, 31 de enero.
- VARONA MARTINEZ, G., «Criterios de evaluación en justicia restaurativa: análisis comparado e internacional», *Conocer, Reconocer y Reparar a las Víctimas*, Libro de Resúmenes del II Congreso de la Sociedad Española de Victimología, (Organización Sociedad Vasca de Victimología, Euskal Biktimologia Sozietatea), Palacio de Miramar, Donostia, San Sebastián, 25 a 27 de junio de 2007.
- VAN NESS, D. An Overview of Restorative Justice around the World, *Taller para Mejorar la Reforma de la Justicia Penal, Décimoprimer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal*, Bangkok, Tailandia, 18 – 25 de abril de 2005.
- VAN NESS, D., Strong, Karen Heetderks, *Restoring Justice*. Anderson Publishing, Cincinnati, 1997.
- VEGAS AGUILAR, J.C., «Fundamentos, naturaleza jurídica y formas, de aplicación de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad», en *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género*, Valencia, Ed. Tirant, 2012.
- VELASQUEZ, O., «La significación del paradigma en el *Timeo* de Platón y su carácter articulador», *Revista de Estudios de Filosofía Platónica y Cristiana Diadokhe*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2001, pp. 9-21.
- VERNEAUX, R., *Curso de filosofía tomista: Introducción general y Lógica*, Barcelona, Herder, 6ª ed. 1989
- VEZZULLA, J.C., *Mediação. Teoria e prática. Guia para utilizadores e profissionais*. Lisboa, Ed. IMAB. Lisboa, 2005.
- VIGIL, J.M., *La opción por los pobres, lugar privilegiado para el diálogo entre las religiones*. En ASETT, «Por los muchos caminos de Dios - II», Abya Yala, Quito 2004, pág. 17-32, colección «Tiempo Axial».

- VIGIL, J.M., *La opción por los pobres es opción por la justicia y no es preferencial. Para un reencuadramiento teológico-sistemático de la opción por los pobres*, «Theologica Xaveriana» 49 (enero-marzo 2004) Bogotá.
- VINYAMATA CAMP E., *Manual de resolución de conflictos*, España, Ed. Ariel.
- VINYAMATA CAMP, E., *Manual de prevención y resolución de conflictos. Conciliación, mediación, negociación*, Barcelona, 1999.
- WRIGHT, M, *Justice for Victims and Offenders: A Restorative Response to Crime*. Winchester, Ed. Waterside Press, 1996.
- ZEHR, H., *Mediar el conflicto del Víctima-Delincuente*. Comité central de Mennonite. Programa de la reconciliación del delincuente de la víctima, 1980.
- ZEHR, H., *Changing Lenses: A new focus for Crime and Justice*, Herald Press, Pennsylvania, 1990.
- ZEHR, H., *Superación: Reflexiones de las víctimas del crimen*. Cópula, PA: Buenos libros, 2001
- ZEHR, H., *The Little Book of Restorative Justice*, Intercourse, PA, Good Books, 2002.
- ZEHR, H., *El pequeño libro de las conferencias del grupo de la familia: Estilo de Nueva Zelanda*. Cópula, PA: Buenos libros, 2004.
- ZOVKO, J.ofm., *He ahí a tu Madre*, Zaragoza, Ed. Fundación María Mensajera, 1994.