

EGUZKILORE

Número 26.
San Sebastián
2012
15 - 22

Esther GIMÉNEZ-SALINAS

*Catedrática en Derecho Penal y
Rectora de la Universitat Ramon Llull*

ANTONIO BERISTAIN



*El Profesor.
El intelectual.
El maestro.
El religioso.
El artista y genio.
El místico.
El hombre solidario.
El testarudo.
El apasionado Hegeliano.
El familiar.
El comprometido.
El amigo.
El añorado...*

Cada uno de nosotros recuerda a Antonio Beristain de alguna forma diferente. Naturalmente, cada una de las palabras pueden sumarse y hay quien tiene la suerte de agregarlas todas. Si me preguntan a mí, no sería capaz de clasificar estos términos por orden de importancia, y les respondería con un “depende” que era tan suyo.

Hay hombres que fui...

Lo cierto es que a Antonio lo identifico con este verso de Mario Benedetti:

Como árboles

*Quién hubiera dicho
que estos poemas de otros
iban a ser
míos*

*después de todo hay hombres que no fui
y sin embargo quise ser
sino por una vida
al menos por un rato
o por un parpadeo*

*en cambio hay hombres que fui
y ya no soy ni puedo ser
y esto no siempre es un avance
a veces es una tristeza*

*hay deseos profundos y nonatos
que prolongué como coordenadas
hay fantasías que me prometí
y desgraciadamente no he cumplido
y otras que me cumplí sin prometérmelas*

Mario Benedetti

Porque fue un hombre inconformista que, sin embargo, dio un gran sentido a la vida, a la suya y a la de los demás.

LA VIDA Y EVOLUCIÓN DE UN ARTISTA



La tragedia (P. Picasso, 1903)

La evolución



Gernika (P. Picasso, 1937)

Pero Antonio era un artista, qué duda cabe. Amigo de Chillida e influenciado por todos los grandes artistas, sabía que uno no puede pintar siempre igual. Así, quien ve solo la etapa final de Picasso, cree que siempre pintó de esta manera, pero hay que recorrer toda su vida para entender la evolución.

Algo similar le pasó a Antonio en su camino. Fue uno de los primeros criminólogos del país y con el tiempo se convirtió en la referencia internacional más importante. La Criminología, hoy plenamente implantada en nuestras Universidades como Grado, tuvo enormes dificultades para ser comprendida en nuestro país. Los grandes penalistas la consideraban una disciplina menor, poco científica, y la reducían a los planteamientos del positivismo criminológico. Antonio Beristain luchó en solitario durante mucho tiempo para que fuera reconocida. Como suele ocurrir, “nadie es profeta en su tierra”, así es que muchas veces fue incomprendido aunque, eso sí, nunca ignorado. Yo presencié muchas intervenciones suyas y vi estudiantes de todo el mundo absolutamente enamorados de sus palabras, de su pensamiento, de su testimonio.

Pero él no se podía conformar con un solo tema, de modo que podríamos dividir su vida científica –si se pudiera describir así de fácil– en cuatro grandes apartados:

Las cuatro etapas

- 1.- La criminología
- 2.- La responsabilidad del menor
- 3.- El sistema penitenciario
- 4.- La victimología. La justicia restaurativa

En otras muchas ocasiones me he referido a las tres primeras. Hoy, por razón del tema de estas jornadas no lo voy a hacer, sino que voy a desarrollar tan solo brevemente algunas de las tendencias de la Justicia Restaurativa.

OTRO DERECHO PENAL ES POSIBLE



“El ojo por ojo nos hace a todos ciegos”

Mahatma Gandhi (1869-1948)

Esta cita de Gandhi nos remite a preguntarnos, una vez más, si otro Derecho Penal es posible. Hubo otra frase, en este caso de Hans von Henting (*Die Strafe*, 1955) que nunca he podido olvidar. Hablando de la pena de muerte como pena más frecuente en la Edad Media y de su progresiva desaparición, decía que “eran tantos y tan pobres y miserables, que no había cuerda suficiente para colgarles a todos y así fue como lentamente fue desapareciendo la pena de muerte como pena generalizada”. De modo que con frecuencia no son siempre las razones humanitarias las que “suavizan” el derecho penal sino razones económicas, sociales y culturales.

Hoy la pena de prisión sigue siendo la más utilizada en nuestro país, habiéndose convertido España, con 149 reclusos por cada 100.000 habitantes, en uno de los países europeos con más presos (las cifras de finales del 2011 señalan una población reclusa de 70.392 habitantes, de los que el 92,39% son hombres)³². Es verdad que Rusia tiene 618 y EEUU 780, pero de los países de nuestro entorno cultural es sin duda la cifra más alta, sin que ello signifique que las tasas de delincuencia en España sean mayores³³. Es más, se encuentra entre uno de los países con menor índice de criminalidad. Suecia (con una proporción de 120,4 infractores por cada 100.000 habitantes en 2008) y Reino Unido (con 101,6) encabezan este ranquin de criminalidad, en el que España se encuentra en los últimos puestos con una proporción de 47,6 por cada 100.000 habitantes.

Así es que la tasa tan alta de población penitenciaria se debe a que la estancia en prisión en nuestro país es mucho más larga que el promedio Europeo. El estándar europeo considera una pena larga la que supera los cinco años, mientras que en España el promedio de estancia en prisión es de siete años y medio.

Antecedentes de la Justicia restaurativa

En los años ochenta, en los EEUU en particular y en la cultura jurídica anglosajona, en general, empezó un movimiento de resolución alternativa a los conflictos judiciales que se denominó en muchos ámbitos mediación (civil, familiar, mercantil y también penal). En los noventa, la idea había cruzado el Atlántico y especialmente

32. Fuente: Estadística penitenciaria del Fondo Documental del Ministerio del Interior. Gobierno de España.

33. MAGGIO, N. (2010). “Hacia el gran encierro: un panorama cuantitativo de la población carcelaria en el mundo actual”. En *GESP y DH. Cuadernos de estudios sobre sistema penal y derechos humanos*, Buenos Aires, año 1, pp. 83-97.

en los países Nórdicos³⁴, pero también en países como Alemania y Francia se había comenzado la mediación en el ámbito de menores.

En el año 1990 comencé mis primeros trabajos sobre mediación penal³⁵, siendo vistos en aquel entonces como una utopía. Aún recuerdo una intervención en el Consejo General del Poder Judicial con Antonio Beristain en que él decía a los jueces que cada día acudían al juzgado por amor y que el amor debía impregnar todas sus resoluciones. A continuación, yo les hablaba del perdón, de la conciliación, de otra forma de entender el derecho penal, toda una jornada con aires revolucionarios que acabó con la intervención de un juez llamándome “pastorcita bucólica”.

La mediación ha sido sin duda la precursora de la Justicia Restaurativa, pero ésta se ha de encuadrar dentro de un movimiento mucho más amplio. Tal como sostiene Antonio Beristain³⁶ la Justicia Restaurativa puede considerarse como una práctica innovadora en la administración de Justicia.

La Justicia Restaurativa nace esencialmente del movimiento a favor de las víctimas, y pretende un equilibrio entre este extraño binomio que estableció hace ya mucho tiempo Nils Christie de víctima/ delincuente. Pero la Justicia Restaurativa va más allá de la compensación a la víctima, significa entender de otra manera el Derecho Penal; por eso alguno de sus detractores lo han considerado como una vuelta al sistema de justicia privada. Pero no se trata tanto de esto como de devolver a la sociedad civil su posibilidad de solucionar el conflicto. Nils Christie sostiene que jueces y abogados se han convertido en “ladrones de conflictos” y que tienen que ser los mismos “propietarios” del conflicto los únicos capacitados para resolverlo³⁷.

Dada la gran diversidad de alternativas para la resolución de conflictos, la posibilidad de encontrar un concepto uniforme es generalmente rechazada por los estudiosos. Entre los debates doctrinales sobre la naturaleza de la justicia restaurativa, las posiciones eclécticas consideran que la conjunción de los procedimientos judiciales (como la mediación, la conciliación y la transacción) debe dirigirse hacia el resultado de la reparación y la satisfacción social (por ejemplo, la reparación del daño o los trabajos en beneficio de la comunidad)³⁸.

En general, un proceso de restauración se basa en diferentes valores que deben estar presentes en la adopción del acuerdo: diálogo, carácter voluntario, la reparación,

34. DÜNKEL, F., GRZYWA, J., HORSFIELD, P., PRUIN, I. (Eds.) (2011, 2nd revised edition): *Juvenile Justice Systems in Europe. Current Situation and Reform Developments*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.

35. GIMÉNEZ-SALINAS, E. (1993): “La conciliación víctima-delincuente: hacia un Derecho Penal reparador”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* 200712. Vol. 15 pp. 345-366

36. Véase BERISTAIN, A. (2004): *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana*. Valencia: Tirant lo Blanch.

37. CHRISTIE, N. (1984): *Los límites del dolor*. Méjico: Fondo de Cultura Económica.

38. GALAIN PALERMO (2009): “Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos; la construcción de un sistema penal sin jueces.” *Revista Penal*, Vol. 24, pp. 71-89.

la reintegración, la participación y la inclusión. En este sentido, éstos serían los principios sobre los que se construye la Justicia Restaurativa³⁹:

1. La reparación nace del movimiento en favor de la víctima y la recuperación de su papel en el proceso penal.
2. La reparación cumple no solamente una función individual del autor respecto a la víctima, sino también un fenómeno pacificador propio del Derecho Penal. La reparación aporta el restablecimiento de la paz jurídica a través del retorno a la situación concreta perturbada.
3. Un Derecho Penal orientado a la reparación es fundamentalmente un Derecho Penal de la resocialización. Un acto reparador implica no solamente la reparación de la víctima sino también un acto de arrepentimiento del autor y con ello un paso a la interiorización.
4. La reparación no se puede concebir como un sistema donde los delincuentes se sustraigan a la justicia penal o donde los más ricos puedan “reparar” mejor que los más necesitados.
5. La reparación penal no se puede confundir con la indemnización civil a las víctimas porque ambas no siempre coinciden, y ni siquiera los criterios que rigen su ponderación son iguales.
6. La voluntariedad en la reparación es un punto crucial y un cambio en los esquemas clásicos del Derecho Penal donde parece que punición y consentimiento no son demasiado armonizables.
7. La conciliación- mediación- reparación no es una forma de justicia más rápida, como se ha querido presentar a menudo, sino al contrario, llegar a un proceso de conciliación puede ser más laborioso que la imposición de una pena.
8. La justicia reparadora se sitúa en el seno del Derecho Penal y necesita de él para decidir qué es delito, quién es el autor y quién la víctima. Pero la respuesta no se rige por términos estrictos de proporcionalidad.

Como destaca Gema Varona: “Teoría y práctica han ido siempre a la par, lo que resulta inusual en el campo penal. Se han fomentado programas fundamentados empíricamente, si bien debe subrayarse que la práctica ha desbordado la teoría. En este sentido debe entenderse el permanente debate sobre qué es o no es “verdadera” justicia restaurativa y, en relación con ello, el desarrollo de estándares internacionales en el ámbito universal y europeo”⁴⁰.

José Luis de la Cuesta, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco es un acérrimo defensor del desarrollo de unos estándares comunes en relación con la justicia restaurativa, y concretamente en el ámbito de la delincuencia juvenil.

39. GIMÉNEZ-SALINAS, E. (1996): “La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado”, en: *Menores privados de libertad*. Madrid: *Cuadernos de Derecho Judicial*.

40. VARONA, G. (2011): “Justicia restaurativa en supuestos de victimización terrorista: hacia un sistema de garantías mediante el estudio criminológico de casos comparados”. Donostia: *Encuentro en homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Antonio Beristain*.

De la Cuesta defiende que, desde el momento en que desaparecieron las fronteras europeas, tiene mucho sentido “esforzarse en la búsqueda de principios y valores, compartidos, con el fin de delimitar ese común denominador del que partir a la hora de la construcción y desarrollo de un modelo que, respetuoso de las tradiciones y las opciones político-criminales y penales particulares, asegure a nivel europeo cuanto se considera esencial en la prevención y tratamiento de la delincuencia juvenil y de menores”⁴¹.

Tradicionalmente, en Europa han coexistido varios sistemas de justicia juvenil y de menores:

- El modelo punitivo tradicional
- El modelo tutelar o asistencial
- El modelo educativo (social o comunitario) o de bienestar
- El modelo de responsabilidad (o de justicia)

A ellos se les ha añadido una tendencia emergente, la de la justicia restaurativa que, a través de la mediación reparadora, trata de evitar la estigmatización que produce el contacto tanto de víctimas como de delincuentes con el sistema de justicia⁴².

Partiendo de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de los menores de 1985⁴³, las instituciones europeas han trabajado para unificar nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y la función de la justicia de menores. De manera que ya en su Recomendación 2003 (20) sobre nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y la función de la justicia de menores, el Consejo de Europa busca un nuevo enfoque estratégico de la prevención de la delincuencia juvenil y la reincidencia e insta a los Estados miembros a desplegar “una gama más amplia de medidas y sanciones aplicadas en la comunidad”, entre las que se encuentra la Remisión de casos para “facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas”⁴⁴.

Más adelante, entre las Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas emitidas por el Consejo de Europa en el 2008⁴⁵, se afirma la necesidad de impulsar la mediación y otras medidas de justicia restaurativa que sirvan como alternativas a las vías procesales a todos los niveles.

41. De la CUESTA, J.L. (2008): “¿Es posible un modelo compartido de reeducación y reinserción en el ámbito europeo?”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10, pp. 1-36 (disponible en internet en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-09.pdf>).

42. GIMÉNEZ-SALINAS, E. (1996): “La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado”, en *Menores privados de libertad*. Madrid: *Cuadernos de Derecho Judicial*.

43. También conocidas como “Reglas de Beijing”, adoptadas por la Asamblea de Naciones Unidas en el 29 de noviembre de 1985, Resolución 40/33.

44. Punto 11.4 de la Recomendación 2003 (20) sobre nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y la función de la justicia de menores del Consejo de Europa.

45. Recomendación CM/R(2008)11 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o Medidas (*Adoptada por el Comité de Ministros el 5 de noviembre de 2008 en la 1040ª reunión de los representantes de los ministros*).

Podríamos mencionar otras resoluciones o recomendaciones que indican que la justicia juvenil a nivel europea camina hacia la unificación de un sistema en el que “tenga preferencia, siempre que sea posible –y muy en particular, respecto de los delincuentes primarios y de menor edad–, la resolución de los conflictos generados por los comportamientos infractores por las vías no –o poco– formalizadas, como la mediación u otras de carácter restaurativo”⁴⁶.

En un día de recuerdo y homenaje al que fue uno de los primeros grandes exploradores de la justicia restaurativa, merece la pena destacar que su trabajo no fue en vano. Al contrario. A ti, Antonio, querido maestro, toda nuestra gratitud por haber iniciado este y otros caminos. Siempre estarás no sólo en nuestro pensamiento, sino también en nuestras aulas.



46. De la CUESTA, J.L. (2008): “¿Es posible un modelo compartido de reeducación y reinserción en el ámbito europeo?”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10, pp. 1-36 (disponible en internet en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-09.pdf>).