

JUSTICIA RESTAURATIVA

Conferencia de Pablo Ibáñez en el Foro Gogoia

22 de noviembre de 2023

PRESENTACIÓN:

Antes que nada, debo agradecer a todos los presentes la asistencia a esta sesión a la que he sido invitado para participar en las tareas de este Foro.

La oportunidad que generosamente se me brinda de colaborar en este espacio de encuentro entre diferentes sensibilidades para abordar temas de interés social, político o religioso, algo que es seña de identidad del FORO GOGOIA, desde sus inicios, es algo que me parece un privilegio. Y no lo es tanto por lo que yo pueda decir o traer a vuestra consideración en lo que valga, sino por la oportunidad de reflexionar y dialogar con todas y todos vosotros, sobre un tema tan de actualidad, tan controvertido y tan cuestionado, como lo es el de la Justicia, en sus diferentes ángulos y perspectivas.

El Foro Gogoia lo hace posible y de ahí mi agradecimiento, esta vez dirigido al propio Foro, y a sus colaboradores y amigos. Si no existiera Foro Gogoia, habría que inventarlo, pero como existe, eso que nos ahorramos. Una vez más, gracias.

Y dicho esto, entremos en materia.

Haciendo uso y valiéndome del tópico, comenzaré diciendo que no es fácil y menos en estos momentos hablar de la Justicia y de los problemas que la acucian en nuestra sociedad. Y no es que con esta afirmación quiera curarme en salud, pues lo cierto, es que cuando se aborda esta materia, hay demasiado ruido, estrépito y furia.

De un lado, hay ignorancia; de otro, intereses en juego no bien definidos. Hay confusión en los conceptos. Se confunde Justicia con Poder Judicial o Administración de Justicia. Casi nunca se sabe de qué se está hablando. Opiniones airadas se interfieren en el quehacer diario de la Justicia, entorpeciendo su funcionamiento e impidiendo un verdadero y auténtico debate social sobre los presupuestos de la justicia, su funcionamiento y su reforma. Existe demasiada furia y ruido (noticias cotidianas, estadísticas, tertulias, etc.).

Parece que fuera un caos organizado o lo más parecido, en el que todos dogmatizan, pero a la vez nadie parece saber qué sucede o a qué atenerse, convirtiendo la legítima aspiración a la justicia en una pasión inútil, o como dijeran los clásicos, convirtiendo la balanza de la Justicia en un paso de regatón.

La mayor parte de los análisis que pudiéramos considerar como serios, son extremadamente críticos, hasta llegar en ocasiones al pesimismo y al desánimo con la consiguiente pérdida de confianza de los ciudadanos, cayendo en un peligroso relativismo y en la apatía.

Solo basta asomarse a los titulares de prensa para corroborar lo que estoy diciendo. Todos los conocemos.

Como resumen de lo que estoy diciendo, citaré el contenido de una revista de la Asociación de Derechos Humanos de España:

“La Justicia española camina hacia el colapso desde la escasez de recursos materiales hasta las dudas sobre la voluntad política del Gobierno para asegurar un Poder Judicial independiente, todo son problemas mal resueltos.

Referirse a la justicia en España es hacer un ejercicio de masoquismo que puede afectar a la propia esencia del Estado Democrático instaurado por la Constitución”.

Estas palabras escritas hace algunos años, podrían considerarse intemporales, pues se podrían pronunciar sin perder contenido a lo largo de los últimos cuarenta años lo que convierte los problemas de la justicia en una cuestión estructural y en un mal endémico que precisa urgente intervención.

Nosotros hoy vamos a tratar modestamente de situar este debate en un aspecto muy concreto, que es precisamente el que es objeto de esta aportación.

El tema propuesto es el de “Justicia Restaurativa”, tema éste sugerente y amplio, que necesariamente hace que dirijamos nuestra mirada hacia los nuevos modelos de justicia que en el área del Derecho Penal se están haciendo presentes desde hace ya algunos años.

Ello hará que nos aproximemos al mundo de las prisiones, de la rehabilitación de los presos, de las penas alternativas, hasta llegar a la materia propiamente dicha de la Justicia Restaurativa, con las víctimas como protagonistas.

Todo ello como fruto o consecuencia de una política criminal que aborda la represión y reacción ante el crimen y el delito desde unos presupuestos nuevos y en constante transformación que pasan por establecer como nuevas premisas de la política criminal y del Derecho Penal, la prevención de los delitos, la función rehabilitadora de la pena y la mediación penal, junto al principio de mínima intervención, que rige en el Código Penal.

Comenzamos haciendo una breve historia del camino recorrido por el Derecho que nos ha traído hasta aquí, señalando los principales hitos y protagonistas de esta evolución.

La Historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos.

La violencia infligida históricamente a través de la imposición de las penas es siempre programada, consciente y organizada desde el poder y esto es lo que ha hecho decir a uno de los juristas reformadores más importantes con los que contamos en la actualidad que:

“Es fácil comprobar que la historia de las penas y de los procesos en su conjunto ha sido más infamante para la humanidad que la historia de los delitos, que en demasiados casos, incluso en las democracias avanzadas, la violencia de los abusos políticos y punitivos, supera en brutalidad a la violencia de los delitos”.

Hay una larga lista de penas de enorme crueldad en los antiguos ordenamientos (Egipto, Asiria, Roma): Vgr. Espada, degüello, cremación, horca, cruz, despeñamiento, ahogamiento, empalamiento, hambre, lapidación, rueda, etc.; torturas diversas y atroces, todo ello como mínimo hasta el siglo XVIII, hasta tal punto que la guillotina fue considerada como instrumento benéfico e igualatorio para el reo, por limpieza y eficacia.

La fantasía humana ha resultado ser ilimitada y sin freno ni discriminación y han sido aplicadas incluso a infracciones leves como hurtos famélicos, pequeñas sustracciones, deudas, adulterio, estafas, falso testimonio, traición, herejía, injurias, lesa majestad y un largo etc.

El absurdo llevaba a castigar con la pena de muerte a animales o a familiares e incluso amigos del reo. Ley del Talión, venganza y brutalidad extrema forman parte de ese fuste torcido de la humanidad del que habla el filósofo.

Hoy ciertamente, la situación ha cambiado, aunque siguen existiendo penas brutales como azotes, bastonazos, vejaciones y violencias extrajudiciales, y por supuesto subsiste y se aplica en muchos países la pena de muerte.

Hay que decir, además, que la Historia del pensamiento jurídico no es menos vergonzosa y pocos pensadores han alzado su voz contra este estado de cosas hasta el Siglo de las Luces y la Ilustración.

Hasta ese momento histórico rigió como justificación para los castigos más brutales la defensa social y la idea de amputar el órgano infectado que era la manera de la época de referirse al infractor.

Fue pues con el pensamiento ilustrado cuando se asientan las bases del liberalismo político y jurídico en pos de la racionalidad y el humanismo en el campo del Derecho Penal. Esto fue una constante en el "*Siglo de las Luces*".

Pensadores como Montesquieu o Voltaire, se instituyeron en sus obras como defensores de los derechos individuales y del ciudadano, así como de los principios básicos que hoy dominan en el sistema penal, pero sin duda alguna, la propuesta más relevante de política criminal a lo largo de la Historia de la Ciencia Penal, procede del Marqués de Beccaria.

Tras el legado de Beccaria nunca jamás la situación volvió a ser la misma en el orden de los principios jurídicos.

A partir de su obra, el delincuente fue considerado como persona y como ser racional, sujeto de derechos y obligaciones.

-Se limitó el arbitrio judicial y el Juez pasó a ser un servidor profesional de la Justicia.

-El sistema penal fue concebido como mal necesario y se pasó a combatir el delito de forma realista y no autoritaria, introduciendo en su funcionamiento principios básicos que aun hoy siguen nuestro proceso penal, como el principio de legalidad o de seguridad jurídica.

-La función de la pena, dejó de ser retributiva y puramente aflictiva, para pasar a ser preventiva, proporcional, ágil y más humana.

-Se opuso a la tortura y al carácter secreto en las actuaciones propias del sistema inquisitivo, y por el contrario propone el principio de publicidad, la presunción de inocencia y el "*non bis in ídem*" entre otros.

-Se dio inicio a la mejora de los Centros penitenciarios y al trato de los reclusos.

La prisión fue la pena por excelencia y la que acabó instaurándose y generalizándose como un modelo de cumplimiento que, aunque ha ido variando se ha mantenido en lo sustancial hasta nuestros días.

Fue lo que se dice, y en este caso con toda propiedad un giro copernicano, puesto que, en el siglo posterior a la Ilustración, los delitos ya no castigaron al mismo tipo de delincuentes (Vrg. brujería) ni se sancionan ya los mismos delitos con aquellas penas y suplicios tan atroces como los que dan cuenta la Historia y la literatura.

Esta es la época de la codificación, de la formulación de innumerables proyectos de reforma y en la que se formulan las nuevas teorías de la Ley, del delito al par que una nueva justificación moral respecto al Derecho a castigar, al qué, y al cómo.

Por lo que toca al Derecho Penal, se inicia una nueva era que tiene sus claroscuros y sus retrocesos, al compás de los vaivenes políticos, extremos éstos que podemos comprobar perfectamente en nuestro propio país.

En lo que nos concierne, hay que decir que aquí se mantuvo en lo que a legislación penal se refiere, un caos notable a lo largo del Siglo XVIII. Los textos legales de Partidas y la Novísima Recopilación estaban en total desuso y el puro arbitrio de las diversas jurisdicciones (real, de señorío, eclesiástica o militar) era lo que primaba promoviendo castigos arbitrarios, desproporcionadas y feroces, ante delitos nimios que hoy ni siquiera existen como tales.

El influjo de Beccaria cuyo libro hizo furor en toda Europa, aquí, fue atacado y prohibido, pese a lo cual obtuvo una gran difusión entre los ilustrados españoles que tímidamente iniciaron algunas reformas que acabaron cuajando en las primeras modificaciones de una anticuada y cruel legislación (tortura, ejecución de las penas, etc.).

Para abreviar nos haremos cargo tan solo en este momento del modelo penal de la 2ª República como el exponente de mayor desarrollo de los principios liberales del Estado de Derecho.

Con ella se inicia un potente movimiento de reforma en las prisiones y en la legislación penitenciaria. Se humanizan las penas.

Se introduce como criterio la reinserción del penado. Se suprime la Pena de Muerte (salvo en la Justicia Militar). Se produce un reconocimiento explícito a los derechos de la mujer, suprimiendo el delito de adulterio que solo afectaba a la mujer, etc.

El franquismo y su nueva ideología de Estado supuso un notable retroceso y un nuevo modelo, esta vez autoritario de política criminal.

Se instaura y se ejerce sin moderación alguna la pena de muerte; se endurecen sistemáticamente las penas con mayor número de agravantes, incluso los trabajos forzados o el "*trabajo esclavo*", como se ha dado en llamar. Se incrimina el aborto, el adulterio, el

amancebamiento y se protege la honestidad de la mujer antes que la libertad sexual. La ejecución de las penas se caracteriza por la arbitrariedad y el paternalismo.

Pero con ser todo ello grave hay que decir que el Derecho Penal experimenta en su aplicación y en su contenido un giro aterrador, con los exponentes muy significativos. Uno de ellos, el Psiquiatra y Militar Sr. Vallejo Nájera, empeñado en una obra teórica y práctica, dedicada a demostrar que los "*rojos degenerados*" eran el arquetipo del mal que había que extirpar, para lo cual entre otras propuestas muy delirantes proponía el restablecimiento de la Inquisición.

Otra de las figuras más influyentes en la configuración del sistema penal franquista era el Fiscal Militar Sr. ACEDO COLUNGA cuya memoria hoy publicada recientemente es un compendio de los horrores de la justicia aplicada en España tras la guerra.

En esta memoria, no solo se desdeña expresamente a Beccaria, de quien se mofa directamente, sino que al igual que el anterior, propugna el restablecimiento del Tribunal de la Inquisición como modelo procesal penal de la Justicia en España reconociendo que su propia memoria fiscal tomó su inspiración de la praxis inquisitorial.

Esta Guía de inquisidores no era una opinión personal, pues estaba dirigida hacia las nuevas promociones de jueces, con lo que todo ello puede llegar a significar.

En la misma línea se pronunciaron otros juristas de la época muy influyentes que después ejercieron como destacados jueces o catedráticos de Filosofía del Derecho, como LegazLacambra, Conde, o Sánchez Tejerina, autor de la tesis del delito ontológico.

Retroceso pues muy importante que el paso del tiempo fue dulcificando y que solo alcanzó una rectificación al abrigo de la Constitución del 1978 en lo que se dio en llamar el C.P. de la democracia, que no llegó hasta el año 1995.

En esta nueva etapa y en un plano estrictamente jurídico, se fueron asentando y consolidando los nuevos puntos de vista en lo que concierne a los análisis de los delitos, de las penas y su modo de ejecución, en el por qué de las mismas y en su función rehabilitadora.

La posición jurídica en este aspecto parte de que la pena no solo sirve para prevenir los delitos injustos, sino también los castigos injustos, las arcaicas venganzas atávicas, que todavía están vigentes en algunos sistemas.

En los orígenes del Derecho Penal y en esto hay unanimidad entre los criminólogos y pensadores, la pena sustituye a la venganza privada, y de hecho la Historia del Derecho Penal y de la pena, puede decirse que corresponde a la Historia de una larga lucha contra la venganza de la sangre y de la Ley del Talión.

Se han ido progresivamente prohibiendo los linchamientos, las ejecuciones sumarias y los ajustes de cuentas privados, y entre el ofensor y el ofendido se introduce la figura de un tercero que es imparcial y que es la autoridad judicial –la figura del Juez- que nunca podrá albergar ni manifestar para serlo, sentimientos de venganza.

El garantismo penal, precisamente significa la asunción de aquellos valores y derechos fundamentales como fin justificador del Derecho Penal, aun contra los intereses de la mayoría.

La pena pues, es un mal que solo se justifica si produce un mal menor respecto a la venganza y sólo si, el condenado obtiene de su aplicación el bien de que le sustrae a castigos arbitrarios, imprevisibles o desproporcionados.

Ser consecuente con estos principios conlleva a alertar y prevenir contra el abuso de la prisión preventiva, como reacción primaria de respuesta ante un delito, que siempre será supuesto, hasta que se juzgue, lo que supone una condena anticipada e igualmente conduce a concebir las prisiones como una institución de custodia cautelar de presos.

En estos momentos podría decirse que el Derecho Penal está en debate permanente y en una profunda crisis que cuestiona sus contenidos, sus fundamentos y desde luego su eficacia preventiva de los delitos.

De cualquier forma, el progreso de un sistema político se mide entre otras cosas por su capacidad de tolerar conductas delictivas, previniéndolas sin medios puramente represivos y autoritarios y con respeto a los Derechos Humanos de todas las personas y sobre todo haciendo desaparecer sus causas materiales.

Desde esta perspectiva, las corrientes garantistas se plantean un programa de minimización del Derecho Penal, exigiendo entre otras cosas la abolición de la Pena de Muerte, la supresión de la Cadena Perpetua y de ese eufemismo que se llama "*Prisión Permanente Revisable*", así como la progresiva reducción de las demás penas privativas de libertad encaminada a su progresiva supresión en una política dirigida en esta materia a la efectiva y real rehabilitación y reintegración social de los condenados a sufrirlas.

El argumento de fondo decisivo que impregna toda la concepción garantista del Derecho Penal es el principio moral del respecto a la persona humana, ya enunciado por Beccaria, lo que impone una nueva visión sobre el delito y la pena y desde luego, una limitación fundamental a la cuantía y calidad de la misma, lo que ya de por sí prohíbe las penas inhumanas, crueles, infamantes o degradantes.

LAS PRISIONES Y LA REHABILITACIÓN

Avanzando nuestra exposición llegamos a ocuparnos del espinoso tema de las prisiones y la rehabilitación de los condenados a sufrirla.

Tema de permanente actualidad, generador de polémicas interminables afectadas por el populismo punitivo por un lado y por los evidentes esfuerzos por lograr una eficiencia acorde con los postulados constitucionales acerca de la finalidad de las penas privativas de libertad.

Nos movemos entre los tópicos populistas relativamente frecuentes tales como: *"Por una puerta entran y por otra salen"* o *"en la cárcel están como en un hotel de cinco estrellas"* al deseo sin matices de *"que se pudran en la cárcel"* o de que *"hay que cambiar las leyes"* (siempre para endurecerlas, por supuesto) a golpe de suceso macabro o titular agresivo.

En cualquier caso, muy lejos de las severas reflexiones y pensamientos de alguien como Concepción Arenal de la que luego hablaremos, cuando decía aquello de *"Abrid escuelas y se cerrarán cárceles"* o *"El hombre que se levanta es aún más grande que el que no ha caído"*.

Nada mejor que un rasgo de humor para introducirnos en el tema. "En la película *Le llamaban Trinidad* el ayudante del sheriff le dice:

¿Qué hacemos con el preso sheriff? ¿Lo soltamos o lo ahorcamos? Aquí no se puede quedar, todos los días comiendo".

No era precisamente humor el lema penitenciario seguido en las prisiones españolas de postguerra introducido por el Director General de Prisiones D. Máximo Cuervo, que decía que en las cárceles españolas se seguía: *"La disciplina de un cuartel, la seriedad de un Banco, y la caridad de un convento"*.

Hoy, desde muchos sectores (Ciencias Sociales y Jurídicas) se defiende introducir en el tratamiento y aplicación de las penas privativas, una mayor humanización de las prisiones. Que en todas ellas estén previstas actividades laborales, formativas y educativas, junto al mayor número de actividades colectivas de tipo recreativo y culturas; que en la vida carcelaria se abran y desarrollen espacios de libertad y de sociabilidad, mediante la más amplia garantía de los derechos fundamentales de las personas.

Que se promueva la apertura de la cárcel al exterior, con coloquios, encuentros culturales y formativos, favoreciendo las relaciones con las familias de los reclusos, permisos y licencias, no como premio o castigo, sino con la premisa de derechos iguales para todos.

Desarrollando estas políticas rehabilitadoras y hay ya algunas experiencias, se conseguiría en último término un apoyo eficaz a la progresiva abolición de las penas privativas de libertad y desde luego supondrían un freno a esa función perversa y criminógena de las cárceles que durante tanto tiempo han sido y en buena medida, hoy siguen siéndolo, escuelas de delincuencia.

Ello supondría dar cumplimiento al Art. 25-2 de la C.E. y a la Ley General Penitenciaria que recogen explícitamente que las penas de prisión y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y además que los condenados a prisión que estuvieren cumpliendo su condena, gozarán de los derechos fundamentales de toda persona.

La sensación que se tiene sin embargo es la de que esto no es así, que la reinserción ha fracasado. Las razones que se aducen para ese fracaso son múltiples y van desde la carencia de personal (psicólogos, trabajadores sociales, educadores, funcionarios, personal sanitario, etc.) a la evidencia de que es casi imposible realizar terapias educativas de forma individualizada.

Se alega la permanente penuria presupuestaria, como denuncian las ONG y funcionarios, entre otros. Se denuncia también masificación. En suma, se viene a denunciar constantemente el fracaso de la reinserción, aludiendo a la elevada tasa de reincidencia (en torno al 30%).

Muchos de los presos están sin duda en una previa situación de exclusión social, que la prisión contribuye a agravar y el número de presos es excesivo. Aunque la tasa de delitos es una de las más bajas de la U.E. la tasa de encarcelamientos está muy por encima (un 32%) de la media, entre otras cosas por la prisión preventiva anticipatoria de la condena y por el notable endurecimiento de las condenas en las sucesivas reformas (hasta 30) del Código Penal "*de la democracia*".

La Red de Organizaciones Sociales del entorno penitenciario considera que un 50% de las personas encarceladas deberían estar en libertad con trabajos de reinserción de carácter social comunitario o terapéutico. Cuanto más tiempo se pasa en prisión, más difícil es la reinserción (la siniestra expresión "*carne de presidio*").

En definitiva, la reinserción parece haberse convertido en un desiderátum, en una aspiración utópica y aunque figura como tantas cosas en la Constitución, no acaba de abordarse en una política y práctica coherente y transformadora por la estructura penitenciaria. No podemos olvidar que además de los aspectos enunciados y no menos importante que los mismos, es la preparación, estímulo y ayudas posteriores al cumplimiento de las penas y el apoyo al recluso que ha extinguido su condena para fortalecer su autoestima y su presencia en la sociedad. Ayudas a los presos con medidas como pisos tutelados mientras están en régimen abierto o medidas sustitutorias o alternativas a la prisión son esenciales y, de hecho, se ha demostrado que cuando esto sucede, la tasa de reincidencia baja notablemente con respecto a aquellos que salen directamente en libertad.

En mi opinión ésta es una tarea pendiente, pero pensando con optimismo considero que nuestra Sociedad o parte importante de ella está preparada y en condiciones de abordar con sensatez este problema si nos ponemos a ello en serio. O dicho de otro modo, si nos creemos el Art. 25 de la C.E. como nos creemos otros. Porque si no es así, la alternativa es muy clara y hay que decirlo sin ambages y sin hipocresías, utilizando los subterfugios para exhibir una buena conciencia y unos buenos propósitos que ni tenemos ni queremos.

En el ámbito internacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "*el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial, será la reforma y la readaptación social de los penados*", y las convenciones internacionales de Derechos Humanos jurídicamente vinculantes, así como las reglas y normas de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal, reconocen claramente esta cuestión y destacan la importancia de las intervenciones rehabilitadoras (las llamadas Reglas Nelson Mandela, que hoy suponen el conjunto de normas internacionales más importantes y más recientes sobre reintegración social de delincuentes).

Quiero para dar fin a esta parte, reseñar cuatro visiones significativas de la cuestión que nos ocupa, desde ópticas muy diferentes.

Se trata en primer lugar de una breve mención a Michel Foucault cuyo famoso libro *"Vigilar y castigar"* en 1974 supuso un auténtico hito entre penalistas y criminólogos y trastocó los conceptos tradicionales sobre delincuencia y sobre la función social de la pena. La tesis más conocida de FOUCAULT es la de que la prisión, lejos de transformar a los criminales, no sirve más que para fabricar nuevos criminales o para hundirles todavía más en la criminalidad.

En la actualidad en los tratados de criminología se refieren a este trabajo de Foucault como un trabajo insoslayable a la hora de analizar la función de las penas privativas de libertad y su verdadero alcance y significado, pero hay que convenir que ni el sistema penal ha cambiado, ni la praxis tampoco, apenas, aunque es cierto que, desde entonces, *"algo se mueve"* en esta dirección. Foucault además sostiene algo que debe hacernos pensar en profundidad y es que, al no servir la cárcel como medio de rehabilitación, lo que de verdad da cuenta de su utilidad o función es que para lo que sirve en realidad es como mecanismo para la eliminación de los presos como individuos y su real exclusión de la sociedad. Palabras como se ve, durísimas.

Otra de las miradas que me parecen interesantes en cuanto a testimonio personal y directo es la del anarquista VICTOR SERGE de origen ruso, en un libro recientemente publicado que se titula *"Hombres en prisión"* relato de gran calidad humana y literaria que narra una de sus experiencias carcelarias aportando una visión y un testimonio personal que incluye unas profundas reflexiones sobre lo que significa la prisión y sus efectos.

Lo hace de forma descarnada y trágica e incluye pasajes de gran actualidad.

Yo no lo sé, pero para mí que es casi seguro que FOUCAULT lo leyó antes de su libro.

Empieza diciendo que *"Todo aquel que haya conocido de verdad la cárcel, sabe que su abrumadora influencia se extiende mucho más allá de sus muros materiales"*.

En la cárcel al hombre preso, todo le es arrebatado. Antes se torturaba a los presos. Hoy se les toman las medidas antropométricas. ¡He ahí la escala del progreso!

En la ciudad moderna no hay a mi entender más que una obra arquitectónica perfecta e irreprochable: LA CÁRCEL. Está perfectamente adecuada a su objeto. Desde el centro de su forma estrellada, un solo hombre puede vigilar sin problemas la cárcel entera. La cárcel Modelo resuelve satisfactoriamente el problema de la economía en materia de espacio, trabajo, seguridad y vigilancia. Habitada por una multitud, logra aislar por completo a cada uno de

sus individuos. De la cárcel Modelo, nadie se evade. La prisión moderna es imperfectible, puesto que es perfecta. Lo único que cabe es destruirla.

El Reglamento podría resumirse en las palabras categóricas: *"Prohibido vivir"* ¿Se puede prohibir vivir? LA CARCEL SOSTIENE QUE SÍ.

Un abogado idealista propone la abolición de la pena de muerte y su condonación por 6 años de reclusión absoluta y V.S. dice ¡Seis años de aislamiento atroz! Las penas largas, las ruinas empiezan a partir de los ocho años. Ya estás destruido.

La cárcel es una TRITURADORA de hombre.

En mi 5º año de condena pedí permiso para comprar los Pensamientos de Pascal y las Meditaciones de Marco Aurelio. Me lo denegaron. Entre sus reflexiones finales, una utopía:

"Los hombres vivieron en las cavernas. No hace tanto tiempo que a los herejes se les mandaba a la pira. Todo pasa. También la cárcel pasará. La humanidad avanza. Las cárceles serán derruidas. En unas horas LIBRE.

Dejo atrás la trituradora. Yo me voy, ellos se quedan. La eternidad de la Trituradora".

Desgarrador.

CONCEPCIÓN ARENAL

Mujer cuya figura el paso del tiempo ha ido agigantando. Hoy considerada figura de primera línea en sus trabajos y pionera en materia de rehabilitación y reinserción de presos. Incluso a nivel internacional. La visión que se nos transmitió de Concepción Arenal fue la de una mujer con aspiraciones de misionera filantrópica, pero en el fondo dedicada a obras de caridad con los pobres y presos. Una especie de iluminada.

Muy lejos de ello, nos encontramos en presencia de una mujer muy capacitada, de sólida formación intelectual, relacionada con las mejores mentes jurídicas de su tiempo, como Manuel Cossío, Gumersindo de Azcárate, Salmerón Altamira o Dorado Montero, que la admiraban y compartían con ella sus trabajos, relacionándose con los institucionalistas más brillantes. Con 23 tomos de obras completas, de toda índole y fundamento de carácter jurídico en materia de educación, prisiones, mujer y reinserción social de presos.

Con un fino sentido de la justicia y una poderosa sensibilidad humanitaria. Católica de profundas convicciones.

“Decidme cuál es el sistema penitenciario de un pueblo y os diré cuál es su justicia”.

“De la prisión ninguno sale como entra. El que no se mejora, sale peor”. Son algunas de sus máximas.

Con una gran visión de futuro su apuesta es la educación de los presos. Es su apuesta más desarrollada a lo largo de su obra, que por otra parte se pronuncia por el nexo entre el Centro Penitenciario y la Sociedad Civil, procurando el acceso a la educación y la cultura y el cultivo sobre valores como la dignidad y la libertad, lo que le llevó a apostar sin fisuras por la REHABILITACIÓN, concepto entonces de lo más novedoso.

La educación es para C.A. la clave para su propósito solidario y humanitario y reeducador.

Dio así los primeros pasos para la reforma de un C.P. más humanitario y para la modernización del sistema penitenciario y educativo sobre todo referido a la mujer.

Para C.A. el estado de las prisiones denota el nivel de moralidad o inmoralidad del pueblo que las sostiene y de su sociedad. Muchos de los problemas que plantea C.A. todavía no han sido resueltos.

Fue una luchadora casi en solitario, pero a la vez gozó de sólidos apoyos en Europa, donde sus trabajos eran conocidos y difundidos bajo la firma de *“Sir Concepción Arenal”*.

Sus frases acerca de la justicia habrían de grabarse en nuestras conciencias, como cuando afirma que: *“Desdichado el pueblo en que la última de sus necesidades es la justicia. Ella cobrará en lágrimas y en sangre el terrible crédito de las sumas que se le han negado”*.

Propugnaba sin ambages la reeducación en lugar del castigo. Los reos para C.A. son infelices más que malvados. En su recorrido intelectual apunta claramente signos que hoy atribuimos a la justicia restaurativa que de alguna manera intuye afirmando que lo más importante es reformar a la persona.

Es pues una auténtica pionera luchadora y abanderada de las doctrinas penales correccionalistas, siendo sus palabras combatir la miseria social y la ignorancia para evitar el delito.

Hoy esta corriente se está extendiendo y aplicando en sus múltiples variantes, a través de la justicia restaurativa, y esto contribuye una auténtica conquista civilizatoria.

Nos referiremos a otra figura señera, como lo es VICTORIA KENT, política, feminista destacada, afiliada al partido republicano radical-socialista y después a Izquierda Republicana. Relacionada con la Institución Libre de Enseñanza, se doctoró con una tesis sobre reforma de las prisiones. Abogada en ejercicio, fue la primera abogada laboralista en España y la primera mujer que ejerció como abogada en un Consejo de Guerra.

Perteneciente a la Asociación Internacional de Leyes Penales de Ginebra. Diputada en el Congreso, fue nombrada por el socialista Fernando De los Ríos, Directora General de Prisiones; cargo que ejerció durante algo más de un año. Introdujo reformas humanitarias de calado en las desastrosas condiciones de las prisiones españolas, poniendo especial énfasis y cuidado en la reinserción y rehabilitación de los presos, prosiguiendo la obra iniciada por Concepción Arenal a quien admiraba.

En el escaso tiempo que permaneció en el cargo, logró llevar a cabo reformas que aún hoy perduran. Mejoras en la alimentación de los reclusos, libertad de cultos, asistencia sanitaria, permisos carcelarios, trabajos rehabilitadores en las prisiones, retirada de grilletas y cadenas con los que se hizo una estatua a Concepción Arenal. Cerró cárceles en mal estado y construyó una nueva cárcel de mujeres sin celdas de castigo. Y creó además el Instituto de Estudios Penales que aún hoy perdura. Fue muy popular y tras la guerra fue al exilio, colaborando con la ONU mediante la realización y asesoramiento de estudios carcelarios de las prisiones en los diferentes estados miembros. Regresó a España en 1977, siendo acogida con el respeto y cariño que se merecía.

Prosiguiendo en nuestro análisis, ahora llega el turno a lo que propiamente podemos considerar como un intento claro en el camino hacia nuevas perspectivas en torno al Derecho Penal, al delito y a sus efectos, con la víctima y el agresor, como protagonistas necesarios. Estamos hablando ni más ni menos de la JUSTICIA RESTAURATIVA.

Antes que cualquier otra cosa, deberíamos preguntarnos si es posible pensar en una sociedad sin cárceles.

De lo hasta aquí hablado, podemos concluir que de un tiempo a esta parte, proliferan diversas corrientes abolicionistas del sistema carcelario en la forma que está configurado y que propugnan desde su reforma con respecto al actual estado de cosas hasta su total abolición.

Con voz especialmente significativa nos hemos de referir al experto de la ONU, el holandés HOLDMAN, quien expresamente defiende la teoría de la abolición del sistema penal, partiendo de que dicho sistema crea delincuentes y se muestra incapaz de realizar las funciones sociales a que estaba destinado (Tesis de Foucault).

Toda reforma, dice, es ilusoria y la solución no puede ser otra que abolirlo.

Esta propuesta que por otra parte no es única, es toda una revolución y aunque en estos momentos podamos considerarla utópica y poco realista, es algo que empieza a ser considerado seriamente por algunos criminólogos y juristas relevantes.

Desde posiciones garantistas del Derecho, se viene afirmando que dado el carácter criminógeno de las cárceles- escuelas de delincuencia- ni la prevención de los delitos ni la rehabilitación de los condenados justifican el sistema carcelario existente en la actualidad, y hay que buscar soluciones.

Hoy afirman estos criminólogos que es posible plantear una estrategia de reforma del C.P. que apunte a largo plazo a la supresión integral de las penas privativas de libertad, y a corto y medio plazo a una drástica reducción de su tiempo de duración legal, comenzando por la abolición de la cadena perpetua o su sucedáneo que aquí es eufemísticamente llamado, "*prisión permanente revisable*". La cárcel según Ferrajoli, uno de sus exponentes, es penosa, innecesaria e inútilmente aflictiva.

No hay que confundir de todos modos esta cuestión con el proyecto de abolición o modificación de las penas, que son dos cosas muy diferentes.

Se viene comprobando el carácter obsoleto de las penas de reclusión al comprobar una y otra vez cómo su cambio por medidas alternativas o sustitutivas, hace que disminuyendo el número de presos, se mantenga la eficacia de las penas y se propicie la reintegración social del delincuente.

Ferrajoli propone como límite máximo de reclusión para delitos muy graves el de 10 años, con la perspectiva de irlo rebajando.

Propone igualmente que las penas accesorias, con frecuencia más gravosas, sean penas principales y además propone otras penas alternativas (arresto domiciliario, libertad vigilada o residencia obligada entre otras).

Las medidas que hoy son alternativas deberían ser las penas únicas y principales para muchos delitos.

Este tipo de medidas hoy se están planteando en muchos sitios y son objeto de debate teórico y son muchas las voces en esta dirección.

Y así, hoy llegamos a hablar de la mediación penal como el nuevo mecanismo jurídico legal proveniente del mundo anglosajón y que vendría a satisfacer los fines propios del Derecho Penal desde una nueva perspectiva, que supone el reconocimiento de la injusticia del delito cometido y del sufrimiento de la víctima y su necesaria reparación.

¿Qué es lo sucede en nuestro país?

Expertos juristas, fiscales, jueces y catedráticos (José Luis Cuesta, Perfecto Andrés o Ramón Sáez Valcárcel, entre otros muchos) vienen a confirmar que España ha logrado el sistema penal más represivo de toda Europa Occidental, sin que esta dureza incida lo más mínimo en la disminución de la criminalidad.

El tiempo medio de estancia en prisión en nuestro país, se ha multiplicado por dos en las dos últimas décadas y hoy está en 18 meses, el triple que las prisiones de nuestro entorno; el doble que la media de la U.E. y solo por debajo de países como Montenegro, Letonia y Lituania.

Y esto, mientras que la tasa de criminalidad española es bajísima, encontrándose entre las menores de la U.E.

Esto supone claramente un fracaso de la política criminal española, embarcada en derroteros punitivos muy de trazo grueso, populistas, pero ineficientes e innecesarios sobre todo desde el punto de vista funcional y humano.

La justicia penal, no se debe centrar tan solo en castigar a los malos, sino que debe cambiar su mirada y transformar radicalmente esta triste realidad.

Este es el marco teórico y el contexto social y jurídico en el que nace a la vida del Derecho e irrumpe a través de la mediación penal lo que hoy se conoce como justicia restaurativa o reparadora o terapéutica que de todas estas maneras se la conoce, aunque no habría que adjetivar la justicia y que hoy se ha convertido en una especie de tercera vía alternativa al modelo tradicional fracasado de justicia retributiva y rehabilitadora.

La justicia restaurativa tiene como eje principal y vertebrador en cuanto a concepto y contenido, la significación de las víctimas

cuyo sentido reside precisamente en el hecho objetivo de serlo como consecuencia de la violencia injusta que con el delito les ha sido causada.

Precisamente la primera y principal condición de las víctimas y lo que las caracteriza es que en cuanto víctimas son del todo inocentes.

Es un hecho inconcuso que, para construir una convivencia pacífica y una sociedad más justa y cohesionada, no se puede perder de vista ni pasar por alto la injusticia y el sufrimiento inferido a las víctimas, por lo que éstas junto al agresor del que luego hablaremos, forman parte esencial en cuanto a protagonismo de la justicia restaurativa.

La gran novedad y la palanca que nos permite abordar en el plano teórico lo que conocemos como JUSTICIA RESTAURATIVA es que las víctimas hoy se han hecho visibles y su visibilidad consiste en haber logrado que su sufrimiento ante la injusticia del delito deje de ser insignificante.

El hecho en sí reviste mucha importancia, pues la víctima ha sido siempre desde antiguo, la gran olvidada del Derecho Penal, siempre al margen y sin protagonismo alguno. Hoy la víctima se ha hecho presente y reclama reconocimiento y justicia. Y he aquí el verdadero signo de nuestro tiempo, que se expresa bajo la confluencia de algunos factores que resumiremos:

1º) Es precisamente a través del Derecho Penal donde más y mejor se ha desarrollado la cultura reconstructiva o restaurativa.

Es importante decir que lo que caracteriza al Derecho expresado a través de esta cultura es la sustitución del vínculo entre justicia y castigo que viene rigiendo por el vínculo de justicia y reparación de las víctimas, que es donde se centra directamente la atención, sin que de ningún modo eso signifique desentenderse del culpable, como luego diremos, sino tan solo de extender una mirada diferente a la seguida hasta ahora para establecer las prioridades de la justicia, más centrada en la reparación de la víctima que en el castigo.

2º) Un segundo factor que confluye decisivamente en esta cultura y más decisivo si cabe, es el nuevo concepto de MEMORIA, como elemento interpretativo de nuestra realidad presente, que no puede pasar a las víctimas por alto.

Memoria y justicia son sinónimos, como lo son olvido e injusticia, de forma que como afirma Reyes Mate, sin memoria no hay justicia y sin memoria, no hay injusticia. Esta es pues la voz que

irrumpe con fuerza desde el auge de los movimientos de memoria: El visibilizar en primer plano a la víctima, víctima que exigirá justicia y reparación de su agravio.

Y esto ¿Qué supone?

En primer lugar, reparación del daño causado en todo aquello que sea reparable.

En segundo lugar, un reconocimiento público, pero también privado de su condición de víctima, que se traduzca como tal en la esfera social con la recuperación de su vida y su ciudadanía.

Y, en tercer lugar, pero no el menos importante, lograr una reconciliación, lo que supone recuperar para la convivencia social, a la víctima y al agresor, lo cual inevitablemente habrá de pasar por el reconocimiento del daño causado, y la aceptación de la víctima de dicho reconocimiento.

El agresor en cualquier caso habrá de enfrentarse crítica y responsablemente con la injusticia causada y habrá de enfrentarse con la propia víctima.

La alternativa ya la conocemos, Derecho Penal positivo puro y duro, pero esto como ya lo sabemos también, ni mejorará la situación, ni supondrá una auténtica sanación del daño, y esta es una cuestión que superando en mucho los límites del Derecho Penal, se convierte en el punto básico y central de la JUSTICIA RESTAURATIVA.

¿Y cómo se plasma todo esto en la práctica y se hace realidad?
¿A qué supuestos se contrae y con qué requisitos?

Lo primero que hay que decir es que en estos momentos existe un importante vacío normativo.

Algunas prácticas referidas a la Jurisdicción Penal de Menores y los Protocolos de actuación en los Juzgados y Tribunales homologados por el C.G.P.J. con la intervención previa de Jueces (algunos), Fiscales (algunos), y Abogados (los menos).

El marco normativo más directo en España viene definido en primer lugar en una Directiva Europea de 2012 que *"apela a los Estados miembros para adoptar medidas procesales y legales, que faciliten los servicios de una justicia reparadora"*.

Así se hizo constar en su momento en la legislación de Menores o en el art. 15-1º del Estatuto de las Víctimas de 27 de abril de 2015, que es donde mejor aparece definido en su versión legal el intento de

justicia restaurativa (leer art. 15) y que en síntesis propone como requisitos:

- El reconocimiento de los hechos por el infractor.
- Consentimiento de la víctima tras haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento.
- Que el infractor haya prestado su consentimiento.
- Que no existan riesgos para la seguridad de la víctima, ni peligro para la misma de nuevos perjuicios materiales o morales.
- Que no esté prohibida por ley para el Delito cometido.
- Confidencialidad y secreto profesional.
- Posibilidad de revocación en cualquier momento.
- Garantiza la participación activa y decisiva de la víctima en el proceso penal y su objetivo proclamado es reparar el daño minimizando los traumáticos efectos del delito en lo moral.

No se trata de acabar con la administración de justicia tal y como la conocemos, sino más bien al contrario, se trata de fortalecer el sistema de justicia existente, al aumentar las posibilidades de que la persona infractora pueda reintegrarse socialmente, disminuyendo la delincuencia y garantizando la reparación del daño a la víctima.

Como afirma el Magistrado PASCUAL ORTUÑO en su libro *"Justicia sin jueces"*: *"La justicia restaurativa y el desarrollo de la mediación penal, implica repensar los fines del sistema penal y el papel y prácticas que venían desempeñando los juristas inmersos todos ellos en una cultura puramente positiva"*.

Un acuerdo de reparación entre víctima y agresor en nuestro procedimiento penal, podría acarrear algunas consecuencias en el orden punitivo, tales como:

- Imposición de penas atenuadas por la apreciación de la atenuante muy cualificada del art. 21-5º del Código Penal.
- Imposición de penas no privativas de libertad. Artículo 84 Código Penal.
- Fijación de modelos de inexecución de la pena de prisión.

En otro orden de cosas, es del todo necesario incluir una reflexión acerca del victimario y su posición dentro de la justicia

restaurativa, al ser su actitud y su postura respecto a la víctima y su responsabilidad, determinantes del objetivo pretendido, que no es otro que la reconciliación más allá de los efectos penales que de dicha reconciliación se puedan derivar.

Es precisamente en las experiencias de la injusticia donde más intensamente se siente convocada la condición humana y donde ponerse en lugar del otro hace surgir la compasión.

Como dice el proverbio, dos montañas nunca se juntarán, pero dos personas, sí.

Se ha dicho y yo creo que es cierto, que casi todo lo que sabemos del prójimo es de segunda mano.

Solo el acercamiento y el diálogo cuando es aceptado y demandado hace posible el conocimiento mutuo.

Donde no hay diálogo no puede haber conocimiento, ni puede surgir la compasión, uno de nuestros mejores atributos inherentes a nuestra condición humana.

Reconocer al otro y el sufrimiento causado, es del todo necesario para la reconciliación. Y he aquí el acuciante compromiso moral de todo agresor que cuando se produce, a su vez requiere el reconocimiento de la víctima para ser fructífero del todo y llegar así a una reconciliación que en ningún caso supondría exonerarse de las consecuencias de sus actos de forma interesada, sino aceptar su responsabilidad ante la víctima y reparar la injusticia cometida.

"El hombre que se levanta es aún más grande que el que no ha caído" dijo Concepción Arenal.

Y ese gran referente que es alguien como A. CAMUS dejó escrito en su memorable alegato contra la pena de muerte, pensamientos inolvidables que yo creo que a todos nos interpelan y son pertinentes traer a colación.

"Y si la justicia tiene un sentido en este mundo, no significa otra cosa que la compasión de lo que, en su esencia misma, para ser justicia no puede repararse: La compasión aquí significa no una frívola indulgencia sensiblera, sino un sentimiento compartido de un sufrimiento común que abarcará por supuesto los sufrimientos y los derechos de la víctima y el arrepentimiento del agresor".

Y CAMUS incluye una advertencia a modo de aviso para navegantes:

“Ninguno de nosotros, en particular, está autorizado a desesperar de un solo hombre, sino después de su muerte, que transforma su vida en destino y permite entonces el juicio definitivo.

Pero el derecho a pronunciar el juicio definitivo antes de la muerte, no pertenece a ningún hombre. Quien juzga absolutamente, se condena absolutamente”.

Ninguno de nosotros puede erigirse en juez absoluto y decidir la eliminación definitiva del peor de los culpables, puesto que ninguno de nosotros puede pretender la inocencia absoluta. En alusión a la ejecución de un colaborador de la Gestapo, el cual antes de su ejecución lamentaba no haber conocido La Biblia, diciendo: “Te aseguro que no estaría donde estoy ahora”.

Otro gran testimonio es el de V. FRANKL que tras su paso por los campos donde fue eliminada toda su familia escribió sus vivencias sin la más mínima mota de rencor o resentimiento.

En la vida no hay ángeles y demonios. Los límites son difusos. Buenos y malos y la bondad se encuentra incluso en los que merecen ser condenados.

De lo que se trata es de tomar conciencia de la responsabilidad personal que nos atañe, y de elegir por qué, de qué y ante quién nos sentimos responsables. Solo cada persona es responsable de juzgar su propia vida. He aquí nuestra seña de identidad como seres humanos.

Si víctima y victimario se reconcilian, ello evidentemente debe ser reconocido por la sociedad y debe tener consecuencias en el ámbito del Derecho Penal cuyos límites serían superados por una real y efectiva reconciliación en justicia.

Y éste es el objetivo de la Justicia Restaurativa. Y es a su vez nuestra aspiración como ciudadanos hacia una convivencia más respetuosa, más solidaria, más constructiva y en definitiva más justa.

Pamplona/Iruña 22 de noviembre de 2023.

-.-.-.-.-

