

“¿Una justicia comunitaria?”*

Por Silvio Ciappi

Doctor en Derecho Universidad De Siena.Lic. especializado en Psicología Clínica en Criminología y Psiquiatría Forense en Chieti y Génova.
sciappi@yahoo.it



*Extracto del libro *La Nueva Penalidad*, Universidad Externado, Bogotá, 2011

Las cuestiones planteadas por los críticos respecto del modelo reparatorio, procedentes por lo general de los partidarios del modelo retributivo (Von Hirsh, 2003), se centran fundamentalmente en la vaguedad de los programas reparatorios y su supuesta inaplicabilidad en determinados casos límite.

El primer riesgo está dado por la posibilidad de que los programas reparatorios se integren en los mecanismos de la justicia formal generando una escisión de fondo (*bifurcation*) entre los autores de delito con ciertas características (como la pertenencia a una determinada raza, extracción social, edad, etc) para los que se abren las puertas de una justicia soft, mientras que, para otros detenidos (marginales, reincidentes, extranjeros, etcétera) el sistema de justicia mantiene un carácter punitivo. En síntesis, el temor es que se revolucione el principio de una justicia igual para todos, en virtud de consideraciones inspiradas por razones de gobierno o por estereotipos de supuesta peligrosidad, según los cuales se justifica o no la oportunidad de recurrir a procedimientos alternativos.¹

Al riesgo de la *bifurcation* se añade, especialmente en Italia, que los programas reparatorios en realidad no son instrumentos de resolución alternativa de conflictos. Esto se debe a que los programas existentes afectan a un número reducido de procedimientos y a que, a menudo, se habla de proyectos de mediación autor-víctima, que si bien es un instrumento reparatorio, a nivel internacional en la actualidad es considerado el instrumento de menor eficacia en el plano de la gestión alternativa de los conflictos (Johnstone y Van Ness, 2007).

Un segundo riesgo se debe, como han subrayado por Austin y Krisberg (1982), a que los programas de mediación en realidad no hacen más que extender la red de control formal (*net-widening*), y, en cuanto objeto de resolución de controversias no serían sólo cuestiones penales sino de policía, servicios sociales; y los procuradores tenderían a utilizar los programas reparatorios también para conflictos de naturaleza no estrictamente penal. En este orden de pensamiento se afirma que esta especie de privatización del derecho penal no garantiza suficientemente los derechos del individuo, primeros entre todos los del autor del delito; sin contar, luego, que también una «condena» de tipo informal puede producir los mismos efectos estigmatizantes de una condena de tipo formal (Trenczek, 1990).

Las críticas que se habían planteado inicialmente a los distintos modelos reparatorios correspondían a su escasa utilidad en los casos de delitos graves, aunque en los últimos años muchas limitaciones en este sentido se han abandonado.²

1. Algunos estudios señalan (para todos Hudson y Galaway, 1980) cómo la mayor parte de los sujetos admitidos a los programas de mediación, son de raza blanca y pertenecen a la *middle-class*, mientras que sólo rara vez la admisión ha abarcado a sujetos pertenecientes a minorías étnicas.

2. Esta limitación parece criticable en cuanto la naturaleza de un modelo creado principalmente para satisfacer las necesidades de la víctima

En definitiva, si es cierto que el modelo reparativo nace para responder a las necesidades de la víctima, también es cierto que proteger a la víctima significa también proteger su libertad de decisión evitando que sea determinada por presiones de cualquier naturaleza. Se han planteado críticas en este sentido, respecto a la aplicación de instrumentos reparativos en los casos de *domestic violence*, sobre todo cuando éstos se refieren a episodios de violencia entre cónyuges. Lo que preocupa es que en el seno de la mediación se sacrifican en nombre de la paz y la armonía familiar, los derechos de quien ha sufrido efectivamente un delito: en el celo de buscar un acuerdo satisfactorio entre las partes, la mujer puede ser empujada a secundar a su agresor para no provocar más violencia. El efecto principal de la mediación sería por lo tanto la adecuación de la víctima a las necesidades y demandas de su agresor (Lerman, 1984; Stallone, 1984).

Una ulterior crítica dirigida al modelo reparativo es la falta de un objetivo concreto y determinado: a veces su atención se pone en la satisfacción de las necesidades de la víctima, otras en la reeducación del autor del delito, y otras sobre la disminución del trabajo de los tribunales. Se afirma en realidad que el fin de la justicia reparativa es pedagógico, considerado peligrosamente ajeno a la lógica del derecho penal (Duff, 2001). Otras críticas al modelo insisten en que se puede hablar de una verdadera reparación solo cuando los actores del conflicto proceden de contextos sociales cohesionados, de tipo comunitario, donde la percepción del sentido de vergüenza surgida de la desaprobación de una comunidad significativa puede servir de resorte para una actividad reparativa. Cuando, en cambio, ese sentido de desaprobación comunitaria falta, porque falta una comunidad significativa de referencia, y por lo tanto se trata de contextos caracterizados por estructuras escasamente reparativas en el plano social, la reparación termina sin alcanzar los efectos deseados (Skogan, 2003).

Por ser un modelo 'alternativo' de justicia, el modelo reparativo no debe ser entendido como un modelo pedagógico destinado a la mejora individual y el reconocimiento del otro. Debe servir como un modelo de justicia que plantea como objetivo la reducción de la conflictividad, la predisposición de instrumentos para la evaluación de la disminución del riesgo de reoffending, la oferta a la víctima de instrumentos concretos de reparación del daño. Es por este motivo que cualquier instrumento de justicia reparativa debe encargarse de la evaluación de sus propios resultados en términos de reducción de la reincidencia, de mejora de la calidad de vida y de la seguridad dentro de una comunidad determinada.³ En síntesis, el sistema alternativo de justicia

toma en cuenta su voluntad, también en caso de delitos más graves. Se considera que no tienen base las limitaciones legislativas de elegibilidad a los programas de mediación basados en el criterio de la gravedad del delito; al respecto hay que observar como la evaluación de la víctima alrededor de la gravedad de un hecho, no siempre corresponde al orden de gravedad legalmente establecido y que, por tanto es la víctima quien decide qué considera más justo hacer, si participar en un programa reparativo o depender del aparato judicial tradicional.

3. El modelo reparativo como forma alternativa de justicia es a la

penal debe compartir los fines generales del sistema de justicia. Por este motivo, debe revestir una importancia y una importancia intrasistémica para que se coloque permanentemente y sea valorado dentro de los sistemas de justicia formal. El riesgo es que quede como un accesorio bonito, un elemento simbólico pero inútil sobre casos esporádicos y cuestiones que pueden ser tratadas por el jurista y por el operador con cortesía, pero con sustancial indiferencia (una especie de modelo 'aristocrático' de justicia penal que selecciona a pocas y determinadas personas que han cometido determinados delitos).

Una última crítica se refiere al concepto de 'comunidad' considerado el sustrato ideológico fundamental de las prácticas reparativas. El riesgo es el de considerar la comunidad donde ocurre el conflicto como una entidad homogénea, donde se cree que se podrán anular las diferencias mediante su relativización dentro de un horizonte de valores no conflictivos, que impone la forma de las relaciones sociales, la confrontación, la reparación, el sentido de culpa. Con frecuencia, estas comunidades mezcladas son más ilusorias que reales. A menudo el sentido profundo del 'nosotros', del vínculo social y de la solidaridad de la protección de las diferencias, es patrimonio sólo de contextos comunitarios fuertes (de algunos grupos religiosos, ideológicos, partidistas que buscan dimensiones integristas), en el cual los bienes comunitarios están establecidos coercitivamente a priori. En muchos casos, los grupos sociales se mueven según lógicas sin nombre, individualistas, segmentadas, que, en el mejor de los casos, responden a la comunidad específica de referencia y no están encabezados por la conciencia de una afiliación común y solidaria según una *koiné* de valores comunes e identidad. La comunidad, la comunidad ideologizada, asumida como categoría de mediación política de los conflictos sociales y de la relatividad de las culturas, concebida como una realidad ontológica, constituye el otro límite filosófico de las teorías sobre la justicia comunitaria.

El modelo de justicia reparativa, aunque permite un cierto optimismo, presenta límites a nuestro dictamen no tan fáciles de manejar. Hoy en día el modelo reparativo parece adaptarse perfectamente a los delitos de menor gravedad, donde la identificación del reo es ciertamente más fácil y donde la víctima puede desempeñar un papel realmente primario en el seno de la mediación. Para estos tipos de delitos, la literatura es casi unánime cuando afirma el éxito de este enfoque. Este es un resultado significativo, porque son precisamente los delitos de menor gravedad (la 'micro criminalidad' o 'criminalidad difusa') los que más influyen en la vida cotidiana. Recurrir a técnicas de mediación para delitos de menor gravedad, los delitos de robo, los daños, los delitos callejeros (Street crimes), podría abrir la posibilidad de reducir la carga del trabajo judicial, reduciendo al mínimo la necesidad de imponer sufrimientos legales para

composición formal de los delitos lo que las medicinas y las terapias alternativas son al sistema médico. Las terapias y medicinas alternativas pueden constituir un tratamiento y por tanto ser consideradas formas alternativas de terapia cuando, precisamente, realizan objetivos terapéuticos.

necesidades de control social (Christie, 1982), mediante la reducción, pero no la abolición, del área de intervención del sistema penal y la pena carcelaria. Sin embargo, quedan fuertes dudas sobre la extensión de este tipo de justicia a los delitos graves, los delitos de delincuencia organizada y delitos especiales como los White collar crimes, delitos en que, además de los intereses de la víctima, entran en juego intereses generales insuprimibles de protección a la colectividad.

Lo que en realidad ha fracasado en los tres sistemas de justicia penal son los presupuestos, el ofrecer a priori remedios para todos los males, soluciones válidas y definitivas ancladas a grandes filosofías humanas, a los grandes progresos de la ciencia, ignorando que la realidad es demasiado compleja para dejarse avasallar por las grandes síntesis que interpretan todo. Por otro lado, la idea de una justicia reparatoria es cosa antigua, la encontramos en los escritos de Raffaele Garofalo, de Enrico Ferri, de Melchiorre Gioia y de Herbert Spencer. Es sobre todo Raffaele Garofalo (1884:17), en su libro dedicado a la reparación de las víctimas del delito, quien afirma la necesidad del 'volver a poner las cosas, en lo posible, en su estado anterior, es decir, reparar el daño producido por el delito'. Ciertamente, en esa óptica, reparar querría decir, hacer algo para las víctimas, aun dentro de una concepción 'positivista' de la retribución, en la cual la reparación constituía un referente de valorización de la víctima.

Es, en cambio, desde la primera mitad de los años setenta que la justicia reparatoria comienza a coincidir con propósitos más generales sobre la pretensión punitiva del Estado, y a plantearse por lo tanto, por un lado respaldada por los movimientos abolicionistas que hacen referencia más o menos indirectamente a criminólogos críticos, como 'modelo'. Justicia reparatoria versus retributiva, versus justicia tratamental. Tres modelos que pertenecen a tres distintas formas verbales del actuar: castigar, curar, mediar.

El tema es por lo tanto de apremiante actualidad, también porque nace y se afirma en virtud de las carencias de los otros dos modelos, por así decir, clásicos de justicia penal, el retributivo y el rehabilitativo. En el primer caso, el modelohademostrado su impotencia para llevar a cabo una acción de cohibición de la alarma y del control social. En el segundo caso, en ofrecer instrumentos válidos de predicción de peligrosidad social, del reoffending, de la reincidencia (relapse prevention).

El riesgo metodológico y epistemológico del que habría que temer es el de la modelización la reducción de estas prácticas de mediación a simples modelos. Es decir la configuración de las prácticas de mediación y de justicia reparatoria como 'modelo'. Por modelo se entiende generalmente la simplificación de una estructura de la que pretende ser, precisamente, modelo (Robilant, 1968). El término modelo quiere ser, precisamente, estructura-ejemplo de algo existente: se puede decir que en un modelo retributivo el fin debería ser la disuasión, que en un modelo rehabilitativo el tratamiento del detenido, etcétera. En todos estos casos, la elaboración de un modelo se inscribe en un horizonte metodológico prescriptivo que nos dice qué contenido la justicia debe tener, cuáles son los fines y cuáles los propósitos.

En este sentido, hablar de 'modelo' de justicia reparatoria como descripción de lo existente es utilizar una metáfora para describir lo que es una plétora de prácticas y buenas intenciones a menudo no coherentes entre sí. No sólo en algunos casos a la magistratura (en particular a la de menores) no le resulta claro el papel que la mediación puede tener, cuántos y cuáles casos puede utilizar mediante ella, confinando con frecuencia esta práctica a una forma de resolución de microconflictos, que encuentran, luego, en las formas jurídicas de diversión su resolución procesal. Más vale entonces, se sostiene, prescindir de la mediación. Además, es escasa la utilización del instrumento reparatorio, por lo que se refiere a los menores, que parecen ser la tendencia de crecimiento de la población penal y penitenciaria italiana. Los menores extranjeros en el sector de la justicia penal de menores constituyen el punto débil de esta tendencia causada por una concepción del derecho penal y del control social más inspirada por lógicas de seguridad que por formas soft de gestión del control (Ciappi, 2006). En este caso, para que se pueda hablar de modelo reparatorio, es necesario 'liberar' las prácticas de justicia reparatoria de su restringido nicho de aplicación y ponerlas como 'modelo' crítico de una justicia penal que está absolviendo cada vez más, en primer lugar (no sólo en Italia, sino un poco en todas las democracias liberales de occidente) las funciones -no propias- de respuesta a cuestiones de carácter social (Wacquant, 2003). O bien se podría decir, de manera más simple, que estas prácticas no se plantean como un modelo descriptivo, que son universos dialécticos, que tienen su lógica no siempre ni necesariamente, susceptible de modelización. ■