

Deusto Forum

Justicia para la convivencia

Los puentes de Deusto

Encuentro «Justicia retributiva y restaurativa:
su articulación en los delitos de terrorismo». Junio 2012



Justicia para la convivencia

Los puentes de Deusto

Encuentro «Justicia retributiva
y restaurativa: su articulación
en los delitos de terrorismo».

Junio 2012

Justicia para la convivencia

Los puentes de Deusto

Encuentro «Justicia retributiva
y restaurativa: su articulación
en los delitos de terrorismo».

Junio 2012

2012
Universidad de Deusto
Bilbao

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Lan honen berregintza, banaketa, komunikazio publiko edo moldaketaren bat egiteko, ezinbestekoa da egileen baimena izatea, legeak ezarritako salbuespenetan izan ezik. Lan honen atalen bat fotokopiatu edo eskaneatu behar izanez gero, jo ezazu CEDROra (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org).

Imagen de portada: Álvaro Sánchez

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Deustuko Unibertsitatea Argitalpenak
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es

ISBN: 978-84-9830-361-2

Justicia retributiva
y restaurativa ante
los delitos de terrorismo

por **Xabier Etxeberria Mauleon**

Deusto Forum

Justicia retributiva y restaurativa ante los delitos de terrorismo

Xabier Etxeberria Mauleon
Profesor Emérito de Ética
Universidad de Deusto
Miembro de Bakeaz

1. Lo que, en principio, puede verse de *positivo* en la lógica retributiva de la justicia es que se centra en medir con justeza la gravedad del delito —y por tanto, el alcance de la responsabilidad del delincuente—, al localizar en ella el criterio para definir, proporcionalmente, la pena.

Lo que, en segundo lugar, tiene de *necesitado de aclaración* son los referentes en función de los cuales precisar esa gravedad. El más manifiesto es la ley jurídica, que la especifica para cada delito. Pero hay que preguntarse, a su vez, qué criterio de gravedad tiene presente esta ley. Situados en un régimen democrático, puede entenderse que es el del daño causado: a la convivencia cívica como tal —algo muy marcado en los crímenes de terrorismo— y a los derechos de los ciudadanos concretos; esto es, a aquellos a quienes hace víctimas —víctimas del terrorismo en nuestro caso—.

Lo que, por último, el modelo retributivo tiene de *problemático*, es focalizar lo que es la justicia en esta proporcionalidad entre daño causado y castigo asignado y ejecutado. En efecto, ello:

- Implica la marginalización de las víctimas: lo que se ofrece decisivamente a estas, también a las víctimas del terrorismo, es la satisfacción que puede causarles el sufrimiento del delincuente, lo cual contamina a la justicia de lógicas vindicativas. Es cierto que contempla además exigir al delincuente restituciones que palién los daños que han sufrido, pero vistas como parte del castigo.
- Supone también una auto-redención del delincuente, incluido el terrorista, ligada al cumplimiento material de la pena, que lava su culpabilidad jurídica: le basta el «mérito» de cumplirla para

«no deber nada a nadie», aunque siga sin ningún sentimiento moral positivo hacia sus víctimas. Más, en el modelo como tal, no se contemplan diferencias entre delincuentes que tienen procesos de recepción del impacto moral de las víctimas —elaborador de culpa moral— y quienes no los tienen.

2. El modelo de justicia existente, insertado en la tradición retributiva, pretende enfrentarse, al menos en parte, a estas limitaciones. Fundamentalmente, con dos iniciativas: a) la de acrecentar la relevancia de la víctima acompañándose de medidas de reparación del daño sufrido —económicas, psicológicas, de reconocimiento, memoriales, etc.— que, al menos cuando son víctimas del terrorismo, son importantes; b) la de suavizar la correlación entre daño culposo y castigo, asignando a este, en todos los delitos, una finalidad rehabilitadora que lo puede reducir en función de las actitudes del culpable en el cumplimiento de su pena.

Hay que ser conscientes, de todos modos, de que: a) esta acogida que se ofrece a las víctimas es externa al modelo retributivo; b) la finalidad rehabilitadora es no sólo extraña a él, sino que lo cuestiona, al menos en parte, al tener un centramiento mayor en la persona del delincuente que en el delito que cometió, centramiento que, por cierto, queda problematizado no en sí, sino por el arrinconamiento de la víctima en la gestión de la rehabilitación.

3. La justicia restaurativa resume de otro modo las objeciones al modelo retributivo,¹ porque cuestiona el corazón de lo que se entiende por justicia ante el delito: esta no es ya identificada con la equivalencia entre daño hecho y pena recibida, sino con la reparación de esos daños y la restauración de los implicados en el delito y de sus relaciones, a través de procesos en los que, con la participación activa de todos ellos —incluyendo a la comunidad—, se tienen muy presentes sus diferentes *responsabilidades*. Esto último es lo que la aleja de la impunidad, y lo que, además, nos empuja a hablar de una restauración «asimétrica». Los posibles castigos al victimario —en sus modos, intensidad y sentido— se subordinan a esta dinámica, salen de la lógica de la proporcionalidad con el daño.

¹ Soy consciente de que hay planteamientos diversos, no necesariamente armonizables, sobre cómo debe entenderse y practicarse la justicia restaurativa. Hay que hacer aún mucho «movimiento» —práctica social— «reflexivo» —análisis y debate—, como reclaman algunos de sus defensores, que, además, no tiene por qué abocar a una concepción rígidamente unitaria de ella.

Un acercamiento así a este enfoque de justicia implica: a) que su realización está sujeta a condiciones; b) que, en sí mismo, se trata de un modelo que se muestra alternativo al de la justicia retributiva, por lo cual, si se pretende articularlos, habrá que hacerlo en la forma de una «articulación jerarquizada»

4. Definamos las condiciones (y modos) que dan solidez ética a la justicia restaurativa.

La condición necesaria para que podamos hablar de justicia es que se garantice la atención prioritaria a la restauración de la víctima. Esto supone que, asentándose en la verdad sobre la victimación y sus responsables, con la implicación activa de ella, se le ofrece: a) antes que nada, apoyo institucional adecuado para que este proceso tan delicado para ella le resulte positivo; b) un reconocimiento pleno y empático de su condición de víctima; y c) a partir de ahí, reparación en los diversos niveles y memoria veraz y justa, algo que pertenece intrínsecamente a esta justicia restaurativa. Por cierto, esto último debe ofrecérselo a la víctima aunque no quiera o no pueda participar en procesos restaurativos, porque es su derecho. A lo que se le invita, si quiere participar, es a que se despegue de la identificación entre justicia y modelo retributivo² y a que esté abierta a colaborar en la restauración del victimario —si en este se dan las condiciones exigibles— y en la reconstrucción cívica de las relaciones —y personal si lo desea—. Desde la convicción de que, si el proceso se hace bien, afianzará su propia restauración.

De todos modos, la justicia restaurativa se realiza plenamente cuando también se logra la restauración del victimario. Pero esta reclama de él un camino con connotaciones muy diferentes a las del de la víctima, aunque relacionalmente ambos confluyan, porque está ligado a su responsabilidad en la victimación. Dejándose impactar por la víctima que causó, tiene que reconocer ante ella, plena y coherentemente, el gravísimo e injusto daño que le ha causado, colaborando en lo que pueda en su reparación —hay en ello una dinámica interna de arrepentimiento, se use o no esta palabra—. Y a partir de ahí, ligándolo al daño a la víctima, reconocer que también se hizo daño a sí mismo, y que es precisamente a través de su asunción de responsabilidad, con lo que esto tiene de restaurador para la víctima, como él po-

² El castigo al culpable según esta regla de proporcionalidad no forma parte de la reparación que se le debe.

drá también encauzarse en un proceso de restauración que rehaga su consistencia moral como persona y su civismo como ciudadano.

Puede parecer que esto pone fáciles las cosas a los victimarios. Pero, especialmente en casos de terrorismo, aunque no únicamente en ellos, les resulta mucho más difícil que el mero cumplimiento de la pena, que enroca en las propias posiciones. Porque les exige que reconfiguren su memoria del pasado y su identidad ligada a él. Lo que supone una profunda crisis de identidad, de relaciones, de pertenencias: la referencia configurante a lo heroico —luchador por la patria, en el caso del etarra— es sustituida por la referencia a la culpabilidad ante la víctima. En el horizonte está la restauración antes señalada, pero tras atravesar un arduo camino.³

5. Paso ahora a la cuestión de la articulación de los dos modelos de justicia. En principio, y como adelanté, en lo nuclear de ambos, en lo que les define, no parece posible. De todos modos, no es lo mismo plantear esta pregunta en abstracto que plantearla en la realidad social. Voy a tratar de responder a ella teniendo presente a esta.

Cuando se quiere poner en marcha la justicia restaurativa no debe olvidarse que se parte de una situación en la que domina el modelo de justicia retributiva. Esto es, se impone inevitablemente relacionarla con esta. Ahora bien, hay aquí dos posibilidades (centrados en delitos como el del terrorismo, porque en delitos menores las cosas pueden plantearse de otro modo):

- Puede defenderse que lo restaurativo se inserte en el marco de lo retributivo considerando a este, con la correspondiente vigencia de la proporcionalidad de la pena aunque flexibilizada, el modelo de justicia propiamente dicho, y viendo en las cuñas restaurativas —que no suponen propiamente la aplicación del modelo como tal— un modo de avanzar en una humanización de él, algo que el modelo rehabilitador sólo lograría a medias. Aquí,

³ Esto está intuitivo, de modo moralmente perverso, en el rechazo de la vía restaurativa presente en el comunicado que el colectivo de presos de ETA, EPPK, ha realizado cuando escribo estas líneas (2-6-2012): «El arrepentimiento-delación, dicen, sólo es un camino para destruir a militantes y personas, lo que despreciamos y rechazamos». El arrepentimiento y reconocimiento del daño a la víctima sí destruye al militante violento, con la crisis existencial que ello supone para él, pero le abre a la posibilidad de construirse moralmente como persona. El EPPK es consciente de que los victimarios que recorren esta vía restaurativa se convierten de hecho en contundentes adversarios cívicos de sus antiguos con-militantes.

la jerarquización de la articulación juega a favor del modelo retributivo, que de algún modo queda afianzado en justificación, aunque quede suavizado en contundencia.

- Pero puede también defenderse que, sin romper los parámetros de la prudencia política, cuando se inserte lo restaurativo en lo retributivo se haga con la intención decidida de hacer avanzar progresivamente su viabilidad, a fin de que en un momento dado pueda incluso cambiar la dominancia, con lo cual el modelo restaurativo se acabaría aplicando ya desde el comienzo del proceso judicial —se aplicaría propiamente—. En esa intención, la jerarquización de la articulación juega a favor del enfoque restaurador.

La «vía Nanclares», institucionalmente, está respondiendo a la primera modalidad articuladora. Quienes la están impulsando, quienes la estamos apoyando, ya a nivel de compromiso personal y social, podemos identificarnos con esta realidad institucional, apostando por la permanencia de la primera articulación. Pero podemos también optar por ver en la iniciativa un tímido primer paso hacia la segunda modalidad articuladora, la que considera que la justicia restaurativa es un paradigma mejor de justicia, por lo que hay que aspirar a que se vaya realizando en lo que propiamente es. Personalmente, me inclino por esta segunda postura.

Soy consciente de que cuando se trata de delitos tan graves como los de terrorismo, este camino hacia la posibilidad de que la justicia restauradora se realice en su sentido propio es difícil y costoso, lo que no sucede con delitos de menor gravedad. Pero, a su vez, no debe ignorarse que es en los primeros en los que la necesidad de la restauración, de las víctimas en primer lugar pero también de los victimarios, es mucho mayor.

6. Una de las características que distingue a la justicia retributiva de la restaurativa es que la primera se impone coactivamente al delincuente, tenga la actitud que tenga: vea justa o injusta la pena, debe cumplirla. La justicia restaurativa, en cambio, reclama la participación moralmente honesta de las partes, en especial de la víctima y el victimario.⁴ Cuando esta se da, se logran todos sus frutos. Sin ella, no

⁴ El tema de la comunidad, en sociedades como la vasca, es complejo y complicado. No entro en él pues merecería, por sí solo, un artículo. Me limito a constatar la necesidad de fomentar, para que esta plenitud de frutos se dé, una comunidad cívica capaz de ser referencial y acogida para los victimarios que, cuando se adentran en los procesos restaurativos, rompen con su comunidad etnoincívica que les amparaba.

puede realizarse. Si se da únicamente la implicación de una de las partes, se realiza a medias. Aquí caben varias posibilidades, que las formulo teniendo presentes los delitos de terrorismo:

- Que el victimario sí esté dispuesto a participar en el proceso restaurativo pero no la víctima. A la víctima hay que reconocerle, sin ninguna reticencia, el derecho a no participar. Pero, al menos desde el enfoque de esta justicia, es injusto que ello suponga automáticamente someter al delincuente a la dinámica propia de la justicia punitiva. Habría que ofrecerle la oportunidad de que se inserte, aunque sea unilateralmente, en dinámicas de restauración.
- Que la víctima sí desee participar, pero no así el victimario. No queda otra salida que someter a este al modelo retributivo. Aunque, si, como postulo, hay voluntad política de realizar lo más posible el modelo restaurativo, es muy conveniente que las sanciones que se le asignen al infractor tengan, a su pesar, tintes restaurativos para las víctimas, que no serán más coactivos que los que lo son en el modelo clásico.
- Que todos los implicados por el delito se hayan puesto de acuerdo en acudir al modelo restaurativo, pero que el proceso no acabe bien, que se asiente el desacuerdo. Habría que valorar el papel que ha tenido el victimario, y si ha sido o no coherente con este modelo. Si se diera esta coherencia, parece razonable hacerle partícipe de los beneficios restaurativos correspondientes. En cualquier caso, si acabara precisándose una intervención coercitiva, deberá hacerse en el marco judicial clásico.

En todo lo precedente, por un lado, he apostado por avanzar hacia la justicia restaurativa, también en delitos de terrorismo; y, por otro, he reconocido que esto pide creatividad y prudencia. El lugar para sintetizar ambas cuestiones es la deliberación pública, prepartidariamente enmarcada. Termino, por eso, con el deseo de que este tema se inserte en ella, a la vez, crítica y cooperativamente.