

¿QUÉ ES Y PARA QUE SIRVE LA JUSTICIA RESTAURATIVA?

*JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA**

*...HAY EN LOS HOMBRES MÁS COSAS DIGNAS DE
ADMIRACIÓN QUE DE DESPRECIO.
[ALBERT CAMUS. LA PESTE]*

1. LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UNA VISIÓN ALTERNATIVA DEL SISTEMA PENAL

El escritor José Saramago, Premio Nobel de literatura, escribe que es una vieja costumbre de la humanidad ésa de pasar al lado de los muertos y no verlos¹. Esta frase que resume en pocas palabras los modelos de justicia que tradicionalmente hemos construido y en los que nos hemos acostumbrado a la ausencia de las víctimas, de quienes padecen la injusticia, es un llamado por la creación de realidades contrarias en las que reparemos en la presencia agobiante y contundente de los muertos, en las que aceptemos, todos y todas, nuestra responsabilidad en la producción de la barbarie, y en las que sea posible las respuestas humanizadas a los conflictos, la reconciliación y la convivencia pacífica.

A ver y a sentir la presencia de los muertos se encamina la Justicia Restaurativa. Esta cosmovisión surge en el ámbito de la victimología y la criminología y apunta

* Director del Departamento de Derecho Procesal y del Centro de Estudios en Criminología y Victimología de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia.

¹ JOSE SARAMAGO, Ensayo sobre la ceguera, Editorial Alfaguara, Bogotá D.C. 2001, p. 383.

a reconocer que la conducta punible causa daños concretos a las personas y las comunidades e insta a que la justicia repare efectivamente esos daños y a que tanto la comunidad como las partes en conflicto se les permita participar activamente en el proceso de su solución. Los programas de justicia restaurativa, por consiguiente, habilitan a las víctimas, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que estén directamente involucrados en dar una respuesta al delito. El *proceso* restaurativo debe involucrar a todas las partes como aspecto fundamental para alcanzar el *resultado* restaurador de reparación y paz social.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) enfatiza estos aspectos al establecer que por programa de Justicia Restaurativa se entiende todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos, entendiendo por proceso restaurativo todo proceso en que las víctimas, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador; y por Resultado Restaurativo debe entenderse un acuerdo alcanzado como consecuencia de un proceso restaurativo cuyo contenido sea la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes en conflicto y a lograr la reintegración de las víctimas y el delincuente².

De acuerdo con lo anterior, la Justicia Restaurativa constituye una visión alternativa del sistema penal que, sin menoscabar el derecho del Estado en la persecución del delito, busca, por una parte, comprender el acto criminal en

² ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU), Principios básicos de la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, en Informe de la reunión del grupo de expertos sobre justicia restaurativa, Comisión de Prevención del delito y justicia penal, 11 período de sesiones, Viena 16 a 25 de abril de 2002. Se puede consultar en: <http://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comm/sadd1s.pdf>.

forma más amplia y en lugar de defender el crimen como simple trasgresión de las leyes, reconoce que los infractores dañan a las víctimas, comunidades y aun a ellos mismos; y por la otra, involucrar más partes en respuesta al crimen, en vez de dar papeles clave solamente al estado y al infractor, incluye también víctimas y a la comunidad. En pocas palabras, la Justicia Restaurativa, valora en forma diferente el éxito frente al conflicto, en vez de medir cuanto castigo fue infringido, establece si los daños son reparados o prevenidos³.

2. LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UNA PROPUESTA DESDE Y HACIA LAS VÍCTIMAS

La justicia restaurativa tiene como punto de partida el reconocimiento de que las víctimas son una realidad presente que nos habla de las injusticias del pasado y nos obliga a tomar en cuenta sus derechos como el camino obligado a seguir para la construcción de una sociedad más humana⁴; es una propuesta que propende por el diseño de una justicia de las víctimas sin venganza que fije su mirada en el sufrimiento de los inocentes, en la reparación del daño ocasionado voluntariamente y la proyecte como un valor superior, condición ineludible de la paz⁵; nos llama la atención acerca de la necesidad de diferenciar entre venganza y justicia, dos conceptos con los que existe, especialmente en sociedades como la colombiana, una tentación irresistible a tratar como sinónimos, sin embargo, como lo plantea R. MATE, las diferencias son sustanciales,

³ Si hay una historia, si hay un tiempo, escribe JOAN-CARLES MÈLICH, Filosofía de la Finitud, Editorial Herder, Barcelona 2002, p. 43, quiere decir también que hay otras historias posibles, otros mundos. El ser humano es finito porque vive en un mundo, en una interpretación, pero desde esta interpretación puede imaginar otros mundos, mundos diferentes, alternativos.

⁴ La realidad de un país, escribe REYES MATE, Memoria de Auschwitz. Actualidad moral y política, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 254, no es la misma con víctimas que sin ellas. No es la misma realidad ontológica porque el asesinato introduce en la realidad la figura de la ausencia. Hay presencia ausente. Y dentro de esa extraña realidad, no es lo mismo un asesinato que 806: cada asesinato carga a la realidad presente de una particular ausencia.

⁵ La justicia recreativa, escribe ANTONIO BERISTAIN IPIÑA, Justicia Restaurativo-Agápica, no vindicativa, palabras de agradecimiento en el Acto Académico de imposición de la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort, en EGUZKILORE, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, No. 15, San Sebastián, 2001, no pretende hacer sufrir al victimario, pero sí que éste reconozca su crimen, y restaure el perjuicio causado a las víctimas directas e indirectas.

la justicia pone su mirada en la víctima, en el daño objetivo que se le ha hecho, planteándose la reparación del daño. La venganza, por el contrario, tiene en punto de mira al verdugo y lo que busca es hacérselas pasar a él tan mal como él se lo ha hecho pasar a la víctima. De esta manera, cuando la sanción al culpable pierde su objetivo de justicia (reparar el daño, impedir que este se repita, resocializar al delincuente), hacer justicia se convierte en un acto de venganza⁶.

Esta forma de imaginar la justicia hace que el proceso, de ser un espacio irreal, deshumanizado y excesivamente dogmático, pase a ser un escenario para el encuentro víctima-victimario, un espacio para el testimonio que creativamente enlaza la experiencia pasada y la presente, y la proyecta a un futuro para que el pasado no quede en el olvido⁷, y para que aquel que recibe la experiencia pueda rehacerla y aprender de ella. Se trata de una justicia anamnética⁸ que nos comunique una experiencia a través del encuentro que se hace posible en el proceso penal, una experiencia histórica del mal radical que lucha para evitar la repetición de este⁹.

Esta dimensión del espacio judicial exige volver la mirada al otro, a las víctimas y a los victimarios como protagonistas indispensables de una relación ética, una relación de compasión y de responsabilidad, en la que se acojan mutuamente; a priori, escribe J. C. MÈLICH, el otro no es ni una amenaza, ni un amigo, sino que en

⁶ Cfr. REYES MATE, En torno a una Justicia Anamnética, en *La ética ante las víctimas*, Ed. Anthropos, Madrid, 2003, p. 101.

⁷ La ausencia del pasado hace insuficiente el presente e impide la construcción de un futuro diferente, novedoso, que no sea la simple repetición del presente, como escribe JOAN CARLES MELICH, Totalitarismo y Fecundidad. La Filosofía frente a Auschwitz, Editorial Anthropos, Barcelona, 1998, p. 93., ante los acontecimientos del pasado y del presente no se puede seguir como si nada hubiera sucedido. La filosofía ni puede ni debe legitimarlos, está obligada a decir «no», a «negar», a «criticar». Toda filosofía, toda acción pedagógica, toda política social y jurídica debe estar comprometida con los acontecimientos del presente, con los acontecimientos de Barbarie y está obligada a la transformación social, a la solidaridad y a la responsabilidad con los marginados, los humillados, los vencidos.

⁸ Cfr. MARTA TAFALLA, Theodor W. Adorno. Una filosofía de la memoria, Ed. Herder, Barcelona, 2003, p. 202 y ss.

⁹ Cfr. JOAN-CARLES MÈLICH, Filosofía de la Finitud, Ed. HERDER, Barcelona, 2002.

cada momento, en cada instante, puede llegar a ser amigo o enemigo¹⁰. La «JUSTICIA RESTAURATIVA» busca acercarnos a esa visión inédita de la justicia en la que sin pretender hacer sufrir al victimario, este reconozca su crimen, y restaure el daño causado a las víctimas directas e indirectas. Pensar la justicia en una dimensión restaurativa significa reconocer a las víctimas como protagonistas del delito, el cual, sin dejar de considerarse como una conducta que pone en peligro o vulnera un bien tutelado por el Estado, se considera primordialmente como un conflicto humano que requiere ser superado, no mediante el castigo sino por la sanción constructiva, como escribe A. BERISTAIN, no de la nada, sino desde la cosa dañada; desde y con las ruinas¹¹.

La justicia restaurativa apunta a la idea del delito como una oportunidad para la construcción de nuevas relaciones entre las partes involucradas, es una justicia desde y hacia las víctimas que tiene en cuenta el pasado, que busca reconocerlo, regresar a él, pero no para instalarse en el dolor, sino para reconocer que se ha cometido una injusticia (que allí hay derechos pendientes), y a partir de allí visualizar el futuro.

Tres componentes, desde la ética, esboza R. MATE para una justicia, como lo pretende el modelo restaurativo, tenga en cuenta el pasado:

En primer lugar, responder a una sensibilidad nueva. Esto es una justicia que desborde los estrechos límites del tiempo y del espacio en los que permanecía encerrada. El proceso contra Pinochet, el contra los militares argentinos, y, al menos simbólicamente, la creación de una Corte Penal Internacional, son ejemplos con los cuales la justicia ha buscado trascender los límites territoriales y temporales de la justicia; son casos que nos han enseñado que hay hechos que comprometen la existencia misma de la especie animal y vegetal e implican

¹⁰ Cfr. JOAN-CARLES MÈLICH, *Filosofía de la Finitud*, Ob. Cit., p. 48.

¹¹ ANTONIO BERISTAIN IPIÑA, *Criminología, Víctimología y Cárceles*, Tomo I, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Fac. Ciencias Jurídicas, Colección Profesores No. 22, Bogotá D.C., 1996, p. 274.

daños irreversibles para humanidad. En este sentido, señala R. MATE, dos medidas que han marcado un paso gigante en la historia moral del derecho, el Juicio de Núremberg a los criminales Nazis y la Ley que en 1964 votó el Parlamento francés declarando la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.

Este desborde espacial y temporal de la justicia, aun con la dificultad que supone tomar la decisión acerca de la imprescriptibilidad de sólo determinados crímenes, señala el despertar de una sensibilidad nueva respecto a la responsabilidad actual de crímenes pasados que va en aumento¹².

En segundo lugar, la justicia de las víctimas significa entender la justicia como respuesta a la experiencia de la injusticia, es decir, remitirse a los hechos, escuchar los gritos o el duelo que causa el sufrimiento humano; esta experiencia subyace a toda la elaboración de la teoría de la justicia, de tal manera que para llegar ahí, es necesario partir de la experiencia de injusticias procesada por la humanidad a lo largo de los siglos en el lenguaje¹³; sin embargo, es de tener en cuenta que, el lenguaje humano conlleva una deficiencia, y es que resulta insuficiente para nombrar las cosas, es decir, no puede aproximarnos a ellas más que a tientas, mediante conceptos, permitiendo solo una aproximación a la singularidad del individuo, a sus circunstancias, en forma global.

Con todo, la experiencia, para ser viva, nos dice J. C. MÈLICH¹⁴, tiene que poder ser transmitida, para lo cual se necesita del testimonio, pues el que da testimonio enlaza la experiencia pasada y la presente, y la abre a un futuro para que el pasado no quede en el olvido, y para que aquel que recibe la experiencia pueda rehacerla y aprender de ella¹⁵.

¹² Cfr. REYES MATE, *En torno a una Justicia Anamética*, Ob. Cit., p. 105/106.

¹³ Cfr. REYES MATE, *En torno a una Justicia Anamética*, Ob. Cit., p. 107.

¹⁴ Cfr. JOAN-CARLES MÈLICH, *Filosofía de la Finitud*, Ob. Cit.

¹⁵ «No obstante, escribe JOAN-CARLES MÈLICH, *Filosofía de la Finitud*, Ob. Cit., p. 109, el testimonio, como todo aquello que afecta a los seres humanos, puede pervertirse. Dar testimonio puede llegar a ser un dar ejemplo. Creo que *el ejemplo* es la perversión del testimonio. El que da ejemplo se pone a sí

Por último, en tercer lugar, la justicia de la víctimas descubre que hay dos visiones de la realidad: la de los vencedores y la de los vencidos. Para los vencedores, afirma R. MATE, la suspensión de los derechos, el tratamiento del hombre como nuda vida, es decir, todo lo que el estado de excepción conlleva, es una media excepcional, transitoria, conducente al control y superación de un conflicto; mientras que para las víctimas esa excepcionalidad es la regla, siempre han vivido así, suspendidos en sus derechos y marginados en la historia. Lo coherente es construir un concepto de historia en torno a esa experiencia de injusticia permanente, romper con ese *continuum* opresor y declarar el verdadero estado de excepción al estado real de excepción¹⁶.

Con una justicia de las víctimas, como lo es un modelo restaurativo, se trata de ver el mundo de manera invertida, con los ojos de las víctimas que desvelan el sufrimiento humano y nos advierten que allí hay derechos que el sistema penal ha dejado pendientes y mientras no se atiendan nada impide que la barbarie del delito se repita; el silencio del hombre, su indiferencia ante la victimación, enferma, impide escuchar el estruendo de la barbarie y ahoga la voz de las víctimas que reclaman por sus derechos pendientes; por ello, con la justicia de las víctimas se impone una estrategia que permita repensar conceptos, como el de víctimas del delito, sobre los que se fundamenta el sistema penal para hacerlos más comprensivos a fin que posibiliten una justicia pluralista y más humana.

Con lo dicho hasta el momento queda claro que la Justicia Restaurativa tiene como fundamento una opción preferencial por las víctimas que franquea todo el sistema de administración de justicia en busca de la construcción de un espacio para el encuentro víctima-victimario, no solo desde la diferencia, sino desde la

mismo como modelo... En la acción de testimoniar, en cambio, resulta mucho más importante la experiencia y, sobre todo, la revisión de la experiencia por parte del que la recibe. Para aquél que verdaderamente da testimonio, el *otro* es mucho más importante que el propio yo».

¹⁶ Cfr. REYES MATE, En torno a una Justicia Anamética, Ob. Cit., p. 108.

deferencia¹⁷; un encuentro creativo que se constituya como una oportunidad desde la que se pueda responder a las víctimas y por las víctimas, y que, mediante una estrategia basada en la verdad, la justicia y la reparación, apunte a la reconstrucción del tejido social roto por el delito.

3. VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN: TRES COORDENADAS FUNDAMENTALES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

La visión restaurativa de la justicia, como lo hemos planteado, se fundamenta en tres ejes: *la verdad, la justicia y la reparación*.

Sobre estas coordenadas la Organización de las Naciones Unidas (Comisión de Derechos Humanos a través de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías) encargó al Sr. M. LOUIS JOINET la elaboración de un estudio sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, resultado de lo cual se presentó un documento (informe Final) conocido como «*EL INFORME JOINET*¹⁸». Este documento contiene los principios básicos para la protección y promoción de los derechos humanos para la lucha contra la impunidad, con referencia a las víctimas consideradas como sujetos de los derechos a *saber (verdad), a la justicia y a la reparación*.

EL DERECHO A SABER Ó DERECHO A LA VERDAD comprende el derecho a la verdad, como derecho individual de la víctima, sino un derecho colectivo que hunde sus raíces en la historia para evitar que en el futuro puedan reproducirse las violaciones.

¹⁷ «Ser deferente, escribe Joan-Carles MÈLICH, *Filosofía de la Finitud*, Ob. Cit. P. 114, es responder al otro y del otro, responsabilizarse del otro que no tiene poder. Para ser deferente es necesario romper el imperialismo de lo económico (circuito oferta-demanda) e instaurar el tiempo, tener p'ésente el tiempo.»

¹⁸ Distr. General E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev. 12 octubre de 1997

Como contrapartida, al Estado le corresponde el deber de recordar; los crímenes, las graves violaciones a los derechos humanos, resultan impunes cuando no han sido objeto de revisión. La no revisión impide poner de presente la realidad de la barbarie. Cuando no hay revisión de la verdad, ni hay satisfacción de los derechos de las víctimas, la sociedad queda – irremediabilmente – condenada a repetir la barbarie, porque no hay enseñanza.

Este planteamiento nos remite a dos modelos contrapuestos de la filosofía de la historia: por una parte el historicismo, ideología del continuum o progreso, que proporciona una masa de hechos para llenar el tiempo homogéneo y vacío; y por la otra la historia como interrupción, perspectiva desde la cual el hecho de barbarie constituye un acto singular y único que conmueve a la sociedad e invita a la reflexión¹⁹. La tradición en Colombia, debemos reconocerlo, ha sido la primera; su historia se constituye en un intento permanente por acudir al perdón sin revisión, a pasar la página, como forma de superación de los macroconflictos, habiendo sido el Estado quien, ocupando la posición de la víctima, se ha abrogado la facultad de perdonar.

El ocultamiento sistemático de la verdad es una de las características fundamentales en la macrovictimación, el cual puede adoptar diversas modalidades que van desde la creación de una versión oficial en la que se tacha de enemigos de la paz a quienes se atreven a desenmascarar esa mentira institucionalizada, hasta el silencio general con el que se pretende reconstruir la sociedad sobre el olvido forzado.

La creación de una «versión oficial» de los hechos que deshecha aspectos cruciales de la realidad y se impone a través de un intenso despliegue publicitario que termina por beneficiar a los victimarios y causar daños adicionales a las víctimas. Así, por ejemplo, sucedió en Colombia durante el Gobierno del

¹⁹ Cfr. REYES MATE, La Razón de los Vencidos, Editorial Anthropos, Barcelona, 1991, p. 210.

Presidente Andrés Pastrana, cuando se creó, en consenso entre el gobierno y el grupo armado de las FARC, una versión oficial de la negociación de paz en la cual fue patente la exclusión absoluta de los intereses de las víctimas. El silencio general que se tiende sobre los hechos los relega a un rápido olvido, a un pasado aparentemente superado por el desarrollo de los acontecimientos, tal como sucedió con el proceso de desmovilización que se realizó en Colombia con el grupo guerrillero M-19²⁰.

De ahí la necesidad, sobre la cual llama la atención el modelo restaurativo, de rescatar el escenario judicial como un espacio para la verdad; el interés de la justicia, escribe J. B. METZ, pertenece a las premisas de búsqueda de la verdad. En eso tiene el conocimiento de la verdad un fundamento práctico, en él radica el poder crítico y liberador de la palabra de la verdad²¹.

Porque la alternativa es recordar para evitar la repetición, es posible sostener que el objeto del proceso penal es la búsqueda de la verdad material²²; sin embargo, es necesario relativizar este argumento, pues en un Estado Social y Democrático de Derecho esta tarea no puede realizarse a cualquier precio, pues está limitada por el respeto a unas garantías que tienen incluso el carácter de derechos humanos²³. Como escribe F. MUÑOZ CONDE, principios como el de proporcionalidad o el derecho a la intimidad impiden utilizar, de un modo

²⁰ Frecuentemente, escribe CARLOS MARTÍN BERISTAIN, Reconstruir el tejido social. Un enfoque crítico de la ayuda humanitaria, Icaria/Antrazyt, Barcelona, 2004, p. 258/259, las versiones oficiales plantean que es necesario pasar la página de la historia para reconstruir la sociedad. De esta manera, se trata de reconstruir sobre el olvido forzado, como si ese hecho no tuviera ya consecuencias importantes en el propio proceso de reconstrucción. Sin embargo, los responsables plantean su propia versión de los hechos donde predominan la evitación del recuerdo o su recuerdo convencionalizado, cumpliendo, de esta manera, la función de mantener una imagen coherente de sí mismos.

²¹ JOHANNES BAPTIST METZ, Por una cultura de la memoria, Editorial Anthropos, Barcelona, 1999, p. 105.

²² El proceso penal, escribe JULIO B. J. MAIER, Derecho Procesal Penal. II Parte General. Sujetos Procesales, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2003, p. 23, tiene por misión, precisamente, averiguar este suceso histórico y darle una solución jurídico-penal.

²³ Cfr. KARL HEINZ GÖSSEL, La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales, en Cuadernos de Política Criminal, Instituto Universitario de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, Editorial EDESA, 1991, No. 45.

absoluto o relativo, técnicas de averiguación de la verdad como la tortura, el empleo del llamado “suero de la verdad”, el detector de mentiras o las grabaciones de conversaciones telefónicas sin autorización judicial²⁴.

EL DERECHO A LA JUSTICIA se concreta en la posibilidad para todas las víctimas de hacer valer sus derechos, beneficiándose de un recurso justo y eficaz.

Como se subraya en la estructura de los principios en la lucha contra la impunidad, “no existe reconciliación justa y durable sin que le haya sido dada una respuesta efectiva a los deseos de la justicia”. Es así que el verdadero “perdón” como forma de reconciliación, supone que la víctimas conozcan al victimario y éste, a su vez, se encuentre en disposición de manifestar su arrepentimiento: “Para que el perdón pueda ser concedido, es necesario que sea solicitado”

De otra parte, el derecho a la justicia impone al Estado la obligación de investigar las violaciones, la de perseguir a sus autores y la de asegurar su sanción una vez establecida la culpabilidad en orden a la prevención, es decir, a la no repetición de la barbarie. Es así, por ejemplo, que en desarrollo de los principios a que se alude, la amnistía no puede ser concedida a los autores de violaciones, en tanto no se haya obtenido justicia por la vía de un recurso eficaz. Carece, además, de efecto jurídico alguno sobre las acciones de las víctimas relacionadas con el derecho a la reparación.

El derecho a la justicia se hace necesario para que el futuro de la sociedad no se construya sobre el olvido. La verdad sobre las realidades aberrantes sólo es completamente verdad cuando los crímenes observados son sometidos a la justicia para que puedan ser reparados. Sin embargo, al hacer justicia, debe tenerse en cuenta que el derecho apunta hacia la reparación y no hacia la

²⁴ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, La búsqueda de la verdad en el proceso penal, Lección Inaugural Curso 1998-99, Universidad de Pablo de Olavide, Sevilla, p. 52.

venganza²⁵, sin que por ello se convierta en coartada de perdones encubridores; la justicia supone reparar el daño, impedir que se repita (prevención general²⁶), procurar la reeducación del criminal y la repersonalización de las víctimas. Lo propio de la justicia es reparar el daño a las víctimas, mientras que lo que prevalece en la venganza es el sufrimiento que se pueda causar al victimario. En nuestras sociedades no ha sido posible establecer una línea divisoria que delimite los dos conceptos. Así lo advierte R. MATE cuando sostiene que lo problemático de esta diferenciación conceptual es que, en la práctica del derecho se confunden muchas veces. Las relaciones instintivas confunden hacer justicia con castigar al culpable; y eso pasa también en el derecho, pero cuando el castigo al culpable pierde de vista su objetivo de justicia, entonces hacer justicia tiene algo de venganza²⁷.

El acto de juzgar, desde una perspectiva restaurativa, más que la seguridad que genera el impedir a los individuos el ejercicio directo de la justicia (venganza), tiene como finalidad la paz social²⁸; el acto de juzgar es un reconocimiento, debe dar tanto a las víctimas como a los victimarios, la capacidad para considerar al

²⁵ En muchos sentidos, escribe PAUL RICOEUR, Lo Justo, Caparros Editores, S. L., Madrid, 2003, p. 181, el castigo, sobre todo si conserva algo de la vieja idea de expiación, sigue siendo una forma atenuada, filtrada, civilizada, de venganza. Esta persistencia de la violencia-venganza hace que sólo accedamos al sentido de la justicia por el desvío de la protesta contra la injusticia. El grito ¡Es injusto! Expresa muy a menudo, en lo que concierne a la verdadera naturaleza de la sociedad y al lugar que en ella ocupa la violencia, una intuición más clarividente que todo discurso racional o razonable sobre la justicia.

²⁶ Actualmente, se puede atribuir a la prevención general un mayor significado que el meramente intimidatorio que tradicionalmente ha manejado el derecho penal, así, escribe CLAUS ROXIN, Derecho Penal, Parte General, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 91, que en la prevención general positiva se pueden distinguir tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí: el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el ejercicio en la confianza del derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor (Prevención integradora).

²⁷ Cfr. REYES MATE. En torno a una Justicia Anamética, Ob. Cit., p. 101.

²⁸ Cfr. JAIME GUASP. La Paz como fundamento del derecho, en Estudios Jurídicos, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

otro, como a sí mismo, como un sujeto de derecho que tiene argumentos respetables y que su causa, como la propia, merece ser escuchada²⁹.

Finalmente, el *DERECHO A LA REPARACIÓN* que conlleva tanto medidas individuales como medidas generales y colectivas. En los sistemas penales modernos el tema de la reparación a las víctimas constituye uno de los aspectos de mayor relevancia en la medida que esta supera los criterios tradicionales del derecho penal vindicativo para aportar una respuesta creativa al delito, además de constituir un instrumento que permite viabilizar negociaciones de paz en casos de macrovictimación. La pena privativa de la libertad no puede ser la única respuesta a la delincuencia, esta tiende a deslegitimarse en soledad; la pluralidad de respuestas al delito no es sino un correlato a la pluralidad de situaciones que llevan a las personas concretas a delinquir³⁰.

La reparación surge, en derecho penal, como una respuesta que pretende evitar el reduccionismo³¹; no es una cuestión meramente jurídico-civil, sino que contribuye también a la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima; puede ser experimentada por él como algo necesario y justo además de fomentar un reconocimiento de las normas. Igualmente, puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y facilitar la reintegración del culpable³².

Diferentes son los modelos que la doctrina ha planteado para la inclusión de la Reparación en el sistema penal; en una tendencia restringida o minimalista se

²⁹ El reconocimiento, escribe PAUL RICOEUR, *Lo Justo*, Ob. Cit., p. 181, solo sería completo si esto pudiera ser dicho por aquel que ha perdido, por el que no tuvo razón, el condenado; debería poder declarar que la sentencia que le quita la razón no es un acto de violencia, sino de reconocimiento.

³⁰ Cfr. JOAQUIN GIMÉNEZ GARCIA. *Relación entre delincuente, víctima y administración de justicia*, en EGUZKILORE No. 8 Extraordinario, Diciembre de 1995.

³¹ Cfr. HANS JOACHIM HIRSCH. *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*, en *De los Delitos y de las víctimas*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

³² Cfr. CLAUS ROXIN, *Derecho penal*, Ob. Cit., p. 109.

considera que la reparación solo puede situarse en una relación de dependencia con las sanciones penales³³, mientras que en una tendencia amplia se la considera como una consecuencia jurídico penal autónoma³⁴.

Hay quienes ven en este modelo una amenaza para las garantías reconocidas al imputado en el proceso penal y manifiestan temor por su derogación³⁵; sin embargo, este modelo no es más que el reconocimiento, sobre la base del respeto a los derechos fundamentales de todos los protagonistas del delito y no solo de uno de ellos, de su papel principal en el drama que han debido enfrentar y la búsqueda de nuevos mecanismos que posibiliten la convivencia pacífica. La Reparación se legitima gracias al Principio de Subsidiariedad del Derecho Penal, según el cual, la pena sólo puede utilizarse cuando no se dispone de ningún otro mecanismo, menos fuerte, que sirva para el mantenimiento de la paz social, por ello afirma C. ROXIN que si la reparación fuera suficiente para resolver un conflicto social, la debe ceder ante ella. Si no basta por sí sola, deberá al menos moderar la pena en su duración y configuración, pues la reparación que sustituye a la pena o la modera no es, como todavía suele entenderse hoy, un cuerpo extraño

³³ Este modelo hace relación más a la institución de la compensación civil de los daños víctima-autor, facilitando el acceso de las víctimas a una indemnización, sin que constituya avance alguno frente a legislaciones que, como la colombiana, admiten la posibilidad de intervención del sujeto pasivo del delito en el proceso penal.

³⁴ Este modelo, se manifiesta en una tendencia que considera la reparación como una consecuencia jurídico-penal autónoma; se pueden diferenciar dos orientaciones: por una parte, la reparación como una tercera vía, la cual busca integrarla al sistema penal como una sanción de naturaleza penal que opera autónomamente al lado de las penas y de las multas, con la posibilidad de ser impuesta en su lugar. En este evento, la reparación debe ser más amplia que el solo resarcimiento del daño establecido por el derecho civil, pudiendo, eventualmente, colocarse aquí algo menos y quizás algo más que la obligación indemnizatoria e introducirse modificaciones, como el trabajo de utilidad para la comunidad. En el contexto penal adquiere un significado y contenido diferente al de reparación civil del daño, aun cuando pueda coincidir parcialmente con éste y se configura como una institución limítrofe (o híbrida) entre la pena y la responsabilidad civil, que puede llegar a afectar la determinación concreta de ambas, pero que no se identifica con ninguna de ellas³⁴. Por otra parte, una tendencia que sostiene la posibilidad de reconocer a la reparación como un nuevo fin de la pena, que podría alcanzar un significado independiente junto a la retribución, siempre que se mantenga, como a la prevención general y especial. La reparación contribuye a la consecución de los fines de la pena y particularmente a la obtención de la prevención integradora, es decir, al efecto pacificador que justifica la reacción jurídico-penal; se trata de una clase de pena que amplía el catálogo convencional, tiene como fundamento un efecto preventivo general y es sobrellevada por el autor como un mal.

³⁵ Cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta., p. 26.

en el Derecho sancionador penal, sino que pertenece al mismo como un componente esencial de las posibilidades de reacción estatal demandado por el principio de subsidiariedad³⁶.

El fundamento político-criminal de la reparación tiene como punto de partida el reconocimiento positivo de la disposición del autor en la asunción de su responsabilidad ante las víctimas y en su caso ante la sociedad; por ello su contenido es amplio y puede o no coincidir con los elementos propios de la responsabilidad civil. La reparación abarca tanto prestaciones materiales como inmateriales, e incluso prestaciones que suponen la dedicación de tiempo o de trabajo en beneficio de las víctimas. En este marco aparece la reparación simbólica que tiene como destinatario a la sociedad y, por su distanciamiento en relación con el daño efectivo que se produce a un sujeto concreto, representa un terreno simbólico con las penas.

En el plano individual, las víctimas, ya sean víctimas directas, parientes o personas a cargo, tienen derecho a una respuesta efectiva a sus expectativas y necesidades. La reparación a las víctimas constituye uno de los aspectos de mayor relevancia en la medida que supera los criterios tradicionales del derecho penal vindicativo para aportar una respuesta creativa al delito, además de constituir un instrumento que permite viabilizar negociaciones de paz en casos de macrovictimación. En el ámbito colectivo, a título de reparación moral, existen medidas como el reconocimiento público y solemne por parte del Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales restableciendo a las víctimas su dignidad, las ceremonias conmemorativas, las denominaciones de vías públicas y los monumentos, prestaciones que permiten asumir de mejor manera un trabajo pedagógico orientado a la elaboración de una memoria ejemplar³⁷ que, como

³⁶ CLAUS ROXIN, La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones, en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Jornadas sobre la «Reforma del Derecho Penal en Alemania», Madrid, 1991, p. 23.

³⁷ La memoria, como escribe JOAN-CARLES MÈLICH, La lección de Auschwitz, Editorial Herder, Barcelona, 2004, p. 31/32, es la facultad que poseen los seres humanos para instalarse en el mundo,

escribe F. BARCENA³⁸, permita, sin negar la singularidad del suceso, recuperarlo como una manifestación de una categoría más general, sirviendo como modelo o ejemplo para comprender situaciones nuevas, aceptando que las víctimas, auténticos testigos, tienen derecho al silencio, no para ocultar lo que debe ser visto, sino para sobrevivir.

4. LA DINÁMICA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Hemos planteado un panorama ético-filosófico de la Justicia Restaurativa, enmarcado en tres coordenadas, verdad, justicia y reparación, fundamentales para la comprensión de una nueva dimensión de la justicia. Corresponde ahora, siguiendo el paradigma planteado por P. MCCOLD Y T. WATCHTEL³⁹ y sin pretensión alguna de que éste sea el único modelo a seguir, determinar en concreto quienes son las partes interesadas y las tipologías de Justicia Restaurativa.

En efecto, como se ha visto la Justicia Restaurativa es un proceso de colaboración que involucra a las personas afectadas de manera más directa (Partes Interesadas Primarias) por la conducta criminal, en la determinación de la mejor manera de hacer verdad y reparar el daño que se ha causado. La propuesta MCCOLD/WATCHTEL se compone de tres estructuras conceptuales que explican el cómo, qué y quien del modelo restaurativo.

Como primera estructura, la cosmovisión restaurativa de la justicia confronta y desapueba las conductas criminales a tiempo que ratifica el valor intrínseco de

en su mundo, porque la memoria es un trayecto espacio-temporal, desde el presente hacia el pasado y desde el presente hacia el futuro. La memoria es recuerdo y olvido. No es posible la memoria humana sin que se dé el recuerdo erosionado por el olvido. Porque tan poco humano es el olvido absoluto como el recuerdo absoluto, porque no hay nada absoluto en la vida humana.

³⁸ Cfr. FERNANDO BARCENA, *La esfinge muda. El aprendizaje del dolor después de Auschwitz*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2001, p. 101.

³⁹ PAUL MCCOULD / TED WACHTEL, *En busca de un paradigma: una teoría sobre Justicia Restaurativa*, Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial de Criminología, Agosto de 2003, Rio de Janeiro, Brasil. Se puede consultar en www.restorativepractices.org

los delincuentes. Los modelos tradicionales de justicia penal centran su atención en el castigo, mientras que la Justicia Restaurativa avanza en otra meta, la resolución de los problemas de forma colaboradora procurando que la sanción no implique dolor o por lo menos tanto dolor, pues, como escribe A. BERISTAIN, la sanción, la respuesta al conflicto (aunque sea grave, delictivo), tendrá quizá algo de amarga necesidad, pero sobre todo algo o mucho de satisfacción, de «salida, solución» de un problema⁴⁰.

En este sentido, la Justicia Restaurativa brinda una oportunidad para que aquellas personas que se hayan visto más afectadas por un delito se reúnan para compartir sus sentimientos, describir cómo se han visto afectadas y desarrollar un plan para reparar el daño causado o evitar que ocurra nuevamente. Se trata, en síntesis, de «verdadera otredad» en el sentido dado por J. Cortazar: «La verdadera otredad hecha de delicados contactos, de maravillosos ajustes con el mundo, no podía cumplirse desde un solo término, a la mano tendida debía responder otra mano desde el afuera, desde lo otro⁴¹».

Las funciones de las partes interesadas, aparecen como segunda estructura en la teoría, relacionando el daño causado por la conducta criminal con las necesidades específicas de cada parte interesada que surgieron a partir de dicha conducta y con las respuestas restaurativas necesarias para satisfacer dichas necesidades. Esta estructura diferencia los intereses de aquellas personas más afectadas por un delito específico (*Partes Interesadas Primarias*) de los de las personas indirectamente afectadas (*Partes Interesadas Secundarias*).

Las Partes interesadas primarias son las víctimas y los delincuentes que son quienes resultan más afectadas, pero también las comunidades de apoyo, es decir,

⁴⁰ ANTONIO BERISTAIN IPIÑA, *Victimología. Nueve palabras clave*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 440.

⁴¹ JULIO CORTAZAR, *Rayuela*, Editorial Alfaguara, Madrid, 1993, p. 119.

quienes tienen una conexión afectiva importante con ellos, como los padres, cónyuges, hermanos, amigos, que también se ven afectados directamente; las Partes Interesadas Secundarias sufren daños indirectos e impersonales, sus necesidades son colectivas e inespecíficas, y su respuesta restaurativa está en apoyar los procedimientos restaurativos en general; son personas que viven cerca o aquellas que pertenecen a organizaciones educativas, religiosas, sociales o comerciales cuya área de responsabilidad o participación abarca el lugar o las personas afectadas por la conducta criminal. Igualmente se incluye a toda la sociedad, representada por funcionarios del gobierno.

Al plantear la diferenciación entre Partes Interesadas Primarias y Secundarias, P. MCCOLD Y T. WATCHTEL, hacen énfasis en la función que desempeña cada grupo, tal como se resume en el cuadro 1.

CUADRO 1: FUNCIÓN DE LAS PARTES INTERESADAS

	Daño	Necesidades	Respuestas
PARTES INTERESADAS PRIMARIAS			
Victima(s)	directo	específicas	activa(s)
Delincuente(s)	directo	específicas	activa(s)
Familias+	directo	específicas	activa(s)
PARTES INTERESADAS SECUNDARIAS			
Vecinos+	indirecto	colectivas	de apoyo
Funcionarios+	indirecto	colectivas	de apoyo

Las *Partes Interesadas Primarias* necesitan una oportunidad para expresar sus sentimientos y participar en la decisión sobre las maneras de reparar el daño; las víctimas sufren por la pérdida de control y necesitan recuperar un sentido de dominio personal; los delincuentes afectan de fondo sus relaciones con sus

propias comunidades de apoyo traicionando la confianza, la cual necesitan recuperar para asumir su responsabilidad por del delito cometido; sus comunidades de apoyo satisfacen sus necesidades asegurando una respuesta frente a la conducta criminal, que se reconozca su carácter erróneo, que se adopten medidas constructivas para evitar la repetición y que las víctimas y los delincuentes se reintegren a sus respectivas comunidades.

Por su parte, las *Partes Interesadas Secundarias*, por no estar emocionalmente vinculadas a las víctimas o a los delincuentes específicos, se orientan, sin despojar del conflicto a sus protagonistas, a apoyar y facilitar los procedimientos en los que las partes interesadas primarias deciden por ellas mismas el resultado del caso.

Finalmente se encuentran las tipologías de las prácticas restaurativas, como tercera estructura, las cuales varían según el grado en que las tres partes, víctimas, victimarios y comunidad participen en intercambios emocionales significativos y en la toma de decisiones, tal como lo muestran los autores en el cuadro 2.

Cuando las practicas de la justicia penal incluyen sólo a un grupo de partes interesadas primarias, el proceso solo puede llamarse parcialmente restaurativo; cuando un procedimiento como el de mediación Víctimas-Victimarios incluye partes interesadas principales pero excluye a las comunidades de apoyo, el proceso es "mayormente restaurativo"; el proceso es "plenamente restaurativo" solo cuando los tres grupos de partes interesadas primarias participan activamente, es decir cuando el proceso es plenamente comunicativo.

CUADRO 2: TIPOLOGÍA DE LAS PRACTICAS RESTAURATIVAS



A diferencia de los modelos tradicionales de justicia penal que se han construido sobre tres pilares: la autoridad de la ley, la seguridad de la sociedad y la educación del culpable, de los cuales están excluidas las víctimas⁴², la Justicia Restaurativa es la síntesis de dos tendencias complementarias: una que pone su énfasis en la singularidad de las víctimas (Cultura Reconstructiva) y la otra en la memoria de las mismas (Cultura de la memoria).

En efecto, la cultura reconstructiva, en términos de R. MATE⁴³, se llama así porque la injusticia es vista como una acción que destruye una relación, que la justicia debe reconstruir. Se trata, con esta cosmovisión de la justicia, de sustituir el vínculo entre justicia y castigo que ha iluminado los modelos tradicionales, por el de justicia y reparación a las víctimas.

⁴² De estos tres sistemas explicativos, escribe REYES MATE, *Memoria de Auschwitz. Actualidad moral y política*, Ed. Trotta, Madrid 2003, p. 242, están ausentes las víctimas, es decir, los afectados por la injusticia. Cuando reaccionamos espontáneamente ante un atropello con un «no hay derecho» apuntamos en la dirección de la víctima, hasta que llega el juez y la hace invisible.

⁴³ REYES MATE, *Memoria de Auschwitz. Actualidad moral y política*, Ob. Cit., p. 242.

Por su parte, la cultura de la memoria, que es un fenómeno relativamente nuevo, se manifiesta en el arte, en la literatura, en expresiones públicas, en la elaboración de la historia, etc. Lo advertíamos atrás, la justicia debe ser anamnética, sin ella no habría justicia porque perderíamos la noción de las injusticias realmente vigentes, porque solo la memoria permite que una injusticia pasada siga vigente. La justicia es para todos, para los vivos y para los muertos, para los sufrimientos pasados y presentes, la memoria de la que habla la justicia va al pasado pero no para quedarse en él, sino para recuperarlo y a partir de él reconocer un presente en el que adquieren vigencia los derechos que han quedado pendientes y abrir el camino a la construcción de un futuro más humano y pluralista⁴⁴.

En síntesis, la Justicia Restaurativa es una visión de la justicia desde y hacia las víctimas, es decir, justicia que se debe a las víctimas y justicia que emana de las víctimas; esto significa, en primer lugar que la justicia restaurativa reconoce la actualidad de las injusticias cometidas sin importar el tiempo que haya transcurrido y en segundo lugar que la Justicia Restaurativa reconoce que las víctimas tienen una visión alternativa de la realidad y que lo que se ve así forma parte de la realidad: Se trata de una mirada diferente que, como escribe R. Mate, quiere decir que la víctima ve algo que escapa al verdugo o al espectador, a saber, el significado del sufrimiento declarado insignificante por la cultura dominante. La mirada de la víctima protesta contra esta injusticia y declara decididamente que el sufrimiento es la condición de toda verdad porque forma parte de la realidad⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. JOHANES BAPTIST METZ, Por una cultura de la memoria, Editorial Anthropos, Barcelona, 1999; PAUL RICOEUR, La memoria, la historia, el olvido, Editorial Trotta, Madrid, 2003; ACADEMIA UNIVERSAL DE LAS CULTURAS, ¿Por qué recordar?, Autores Varios, Editorial Granica, Barcelona, 2002.

⁴⁵ REYES MATE, Memoria de Auschwitz. Actualidad moral y política, Ob. Cit., p. 258.

5. **LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN COLOMBIA: UN EMPEÑO POR HUMANIZAR LA JUSTICIA Y SUPERAR LA BARBARIE.**

En la reunión de la Comisión Preparatoria de la Reforma Constitucional⁴⁶ para la implementación de un Sistema de orientación acusatoria que se llevó a cabo en la Fiscalía General de la Nación el día 6 de marzo de 2002, se tomó la decisión de incluir, en el texto que se propuso al Congreso de la República, el tema de la Justicia Restaurativa para ser implementado legalmente⁴⁷; posteriormente, luego de los ocho debates legislativos que se exigen para la aprobación de una reforma constitucional, el Congreso de la República aprobó un texto de Acto Legislativo en el que, en el artículo 9 que modificó el 250 de la Constitución Política, se dispuso: «*La ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa*».

Con esta decisión se incluyó por primera vez en la Constitución el término «JUSTICIA RESTAURATIVA», el cual ha dado lugar a un gran debate académico nacional, no siempre con el rigor que el tema exige, acerca de ¿Qué es y para qué sirve la «JUSTICIA RESTAURATIVA»? Si bien es cierto, el mundo lleva años estudiando el tema y en Colombia se han implementado diversos programas que pudieran calificarse como de «JUSTICIA RESTAURATIVA», es solo a partir de la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002 que se aborda sistemáticamente el tema y surge la

⁴⁶ Esta Comisión estuvo integrada por: LUIS CAMILO OSORIO, Fiscal General de la Nación; GUSTAVO MORALES MARIN, Vicesfiscal General de la Nación; GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ Asesor del Fiscal General; JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA, Director del Departamento de Derecho Procesal y del Centro de Estudios en Criminología y Victimología de la Pontificia Universidad Javeriana; FELIPE PINZÓN LONDOÑO, delegado del Ministerio de Justicia; FERNANDO CORAL VILLOTA, Presidente del Consejo Superior de la Judicatura; DORA CIFUENTES RAMIREZ, delegada de la Procuraduría General de la Nación; JUAN JARAMILLO PEREZ y Karín KUHFELDT SALAZAR, delegados de la Defensoría del Pueblo; JAIME E. GRANADOS PEÑA y JUAN DAVID RIVEROS BARRAGÁN, de la Corporación Excelencia en la Justicia; y GUSTAVO SALAZAR TRUJILLO, Representante de la Asociación de Universidades (ASCUN). A pesar de la oposición manifestada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia durante el trámite legislativo, dos de sus magistrados participaron esporádicamente en la comisión: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL y ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON, este último en su calidad de Presidente de la sala. Cfr. Reforma Constitucional de la Justicia Penal. Actas de la Comisión Preparatoria y Documentos de Trámite Legislativo, Tomo I, Corporación Excelencia en la Justicia, Bogotá D.C., 2002.

⁴⁷ Acta No. 7, Sesión de marzo 6 de 2002, Cfr. Reforma Constitucional de la Justicia Penal. Actas de la Comisión Preparatoria y Documentos de Trámite Legislativo, Tomo I, Ob. Cit., p. 131 a 154.

necesidad de encausar el debate académico para no perder una oportunidad histórica de aportar una cosmovisión más humana del sistema penal.

Desafortunadamente, al tema no se le prestó la suficiente atención por parte de la Comisión Constitucional Redactora, creada por el Acto Legislativo 03 de 2002, y solo se encuentran referencias muy cortas en algunas de las actas, pero es notoria la falta de una verdadera y profunda discusión que de haberse dado hubiera fijado mejor el concepto y, probablemente, se hubiera podido avanzar más en esa novedosa y más humana visión del sistema penal que supone la cosmovisión restaurativa de la justicia.

Con todo, es preciso resaltar que la reforma al sistema penal, compuesta por el acto legislativo 03 de 2002 y desarrollada legislativamente con la ley 906 de 2004 (Nuevo Código de Procedimiento Penal), constituye un paso enorme de Colombia en la búsqueda de la paz. Sin pretender que lo consagrado en el Código agote el desarrollo legislativo que supuso la consagración de la Justicia Restaurativa en la Constitución Política, es necesario resaltar la importancia que tiene la consagración de los principios básicos de la Justicia Restaurativa, que en esencia corresponde la posición ya exhibida internacionalmente por las Naciones Unidas, y de una institución novedosa en el derecho penal colombiano, como es la MEDIACIÓN, por cuya inclusión en el sistema penal veníamos luchando de tiempo atrás⁴⁸.

⁴⁸ Cfr. JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA, Por la Humanización del proceso penal, en *Perspectivas Criminológicas en el umbral del tercer milenio*, Coordinadora ANA MESSUTI, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998; En busca de nuevos senderos para la administración de justicia en el área penal. Una reflexión, desde las víctimas, acerca de la humanización del proceso, en *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Compiladores: ANA MESSUTI / JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001; La Mediación Penal: un instrumento en para la humanización del proceso desde la victimología, Universitas Jurídica, Pontificia Universidad Javeriana, No. 101, 2001; La Reconstrucción victimológica del Sistema Penal (Las víctimas del delito en la reforma constitucional de la justicia penal en Colombia), en *Cuadernos de Política Criminal* No. 81, Instituto Universitario de Criminología, Ed. EDERSA, Madrid, 2003; La Humanización del Proceso Penal, Editorial Legis, Bogotá, 2003.

En efecto, los artículos 518 a 521 consagran las disposiciones generales sobre Justicia Restaurativa; partiendo de la definición fijan los principios generales que enmarcan la nueva cosmovisión. La definición del Código de Procedimiento Penal es prácticamente la misma que contempla el documento de Principios Básicos sobre la utilización de programas de Justicia Restaurativa, anexo al Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa de enero 7 de 2002. Sin embargo, se ha criticado, en nuestro concepto con razón, que dicha definición no incluyó a la comunidad, con lo cual se limita el alcance de las estrategias restaurativas en la solución de los conflictos de relevancia penal. Aun así creemos que aunque no existe una mención expresa a la participación de la comunidad nada se opone a que esta participe activamente en los procesos restaurativos cuando a ello haya lugar.

En los artículos 519 y 520 se consagró el marco general de la Justicia Restaurativa, estableciendo los principios generales y las condiciones para la remisión de los casos a los programas que se diseñen. Estas normas recogieron los principios del documento de ONU ya mencionado.

Finalmente, una breve referencia al tema de la mediación, que, como ya se ha dicho, constituye una novedad en el sistema penal colombiano.

5.1. LA MEDIACIÓN

Es sabido que el proceso judicial puede ser un factor generador de violencia. Las víctimas al enfrentarlo sufren una victimación adicional que en la mayoría de los casos causa daños tanto o más fuertes que la vivencia criminal. En no pocas ocasiones son marginadas y no se les atiende, a lo que más se llega es a permitir su intervención en calidad de sujeto pasivo del delito limitada a ser objetos de investigación y a solicitar una indemnización que dista mucho de ser una

verdadera atención a sus necesidades. Este panorama, desolador para las víctimas del delito impone la necesidad, como dice A. BERISTAIN, de “inventar” una justicia penal humanitaria, mediadora, reparadora y compensadora, una nueva justicia que propicie un dialogo respetuoso hacia la reconciliación entre las víctimas y el (los) victimarios (Proceso Penal comunicativo).

La mediación es un proceso por el que un tercero neutral trata, a través de la organización de intercambios entre las partes, de permitir a éstas confrontar sus puntos de vista y buscar, con su ayuda, una solución al conflicto que les enfrenta. Se trata normalmente de un proceso a corto plazo que, en cierta forma, y con la ayuda de los participantes, trata de aislar temporalmente los problemas los problemas en disputa con objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. Está más relacionada con el presente y con el futuro que con el pasado.

El propósito de la mediación, como afirman HIGHTON, ALVAREZ, GREGORIO, es el de proveer un procedimiento de resolución del conflicto que se perciba como justo tanto por parte de las víctimas como del autor del hecho.

Desde el punto de vista de la prevención especial con la mediación se procura enfrentar al victimario-delincuente con la realidad de las víctimas, con el delito cometido y las consecuencias sociales que se derivan del mismo, lo cual fomenta una conciencia de responsabilidad por sus propios actos y genera una actitud que favorece el compromiso en la realización de actuaciones concretas a favor de las víctimas. Con la mediación se puede lograr atemperar los efectos estigmatizantes y discriminatorias que generan algunas penas como las que implican privación de la libertad, en los casos en que estas puedan ser sustituidas por otras, además de ofrecer unas condiciones de aprendizaje social a través de la necesidad de explicarse directamente ante la persona concreta que se ha visto afectada por su actuación.

En cuanto a la prevención general positiva, hoy enorme relevancia en el derecho penal, la mediación puede lograr el afianzamiento de la confianza ciudadana en la imposición del derecho penal; en cuanto a la prevención integradora genera una satisfacción de observar como se superan los efectos del delito y se genera un efecto pacificador de las relaciones sociales que puede proyectarse en el resto de la sociedad.

Existe una tendencia a limitar el proceso de mediación a los casos de delitos menos graves o a los casos de menores infractores, tal como sucedió en el trámite del proyecto de Código de Procedimiento Penal en el Congreso de la República, sin embargo este mecanismo ha demostrado importantes resultados cuando se ha utilizado en casos graves: Se comienza a observar que la confrontación con el ofensor en un ambiente seguro y controlado, con la ayuda de un mediador, devuelve a las víctimas su desaparecido sentido de estar a salvo y tener control de su propia vida. De ahí que, cada vez más programas, adviertan que un encuentro cara a cara puede ser invaluable hasta en los crímenes más horribles.

A pesar de la propuesta amplia para la mediación que se hizo en el Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal⁴⁹, la decisión, desafortunada en nuestro sentir, del Congreso de la República al debatir el proyecto fue la de limitar la mediación al periodo procesal comprendido entre la formulación de la imputación y hasta antes del juicio oral, y para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco años de prisión, *“siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado”*. Con esta decisión se perdió, por una parte, la oportunidad de tener la mediación

⁴⁹ En el Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal elaborado por JAIME ENRIQUE GRANADOS PEÑA, JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA, JUAN DAVID RIVEROS BARRAGÁN Y MILDRED HARTMANN ARBOLEDA, se propuso en el artículo 477 que la mediación pudiera ser aplicada a la totalidad de las conductas punibles desde la formalización de la acusación y hasta la lectura de la acusación, e igualmente luego de la condena para ser tenida en cuenta por el juez en orden a modificar la pena en la etapa de la ejecución, tanto en su monto como en las condiciones de su cumplimiento.

como el instrumento valioso que es en la búsqueda de la superación del conflicto que afecta a Colombia y, por la otra, la posibilidad de aplicar la mediación después de la condena como una forma de restablecimiento del tejido social y permitir la reconciliación víctimas-victimarios.

5.2. DINÁMICA DE LA MEDIACIÓN

La mediación es un mecanismo complejo y por tanto puede obedecer a diferentes modelos, tanto por su contenido como por la forma como se plantean las relaciones entre las partes y entre estas con el mediador, constituye un proceso basado en la comunicación que se desarrolla, principalmente, en dos momentos: el primero en el que el trabajo del mediador se dirige a limitar y encausar operativamente una estructura de comunicación que se presenta con elementos disociativos que tienden a alejar a las partes de una percepción en conjunto del conflicto y de sus posibilidades de resolución; el segundo, en que la mediación significa una apertura creativa de la comunicación entre las partes, instalando una relación de cooperación y pensamiento constructivo.

La base de la mediación es un proceso de intercambio de compromisos entre las partes, de tal forma que una de las partes no estará dispuesta a aceptar promesas o compromisos de la otra si no confía en ella, por ello, la labor del mediador debe orientarse a facilitar la comunicación entre las partes, quienes al sentirse escuchadas y atendidas, mostrarán cuales son sus intereses en el conflicto. Con este primer encuentro se busca generar confianza mutua, entrando en contacto con cada una por separado, a fin de realizar una co-construcción del problema para que el conflicto pueda ser mirado desde una nueva perspectiva.

En la mediación, la información que posee cada una de las partes es de fundamental importancia. Con las víctimas, el contacto inicial se centra en las consecuencias del delito, en la primera atención emocional y en cómo enfrentar sus problemas, se les proporciona tiempo para que expresen sus sentimientos (rabia, insatisfacción, ansiedad, temor, etc.) frente al suceso delictual; con el victimario se dialoga acerca de lo sucedido, se escucha su explicación de los hechos, su percepción y sus condiciones de vida. El mediador trata de formarse un criterio acerca de su capacidad para ver y comprender la gravedad de los hechos y su disponibilidad para el proceso de mediación.

Las partes en la mediación deben efectuar una re-estructuración del problema, un cambio en el sentido y percepción de los hechos y no los hechos mismos. Para el logro de este objetivo el mediador, especialmente en el campo penal, requiere de conocimientos más especializados que los habituales, pueden resumirse en las siguientes condiciones:

a. Condiciones del mediador en relación con las víctimas:

- Comprensión de la experiencia de victimación y sus estadios;
- Destreza para tratar el dolor y la pérdida (propia y de los demás)
- Entendimiento de las tensiones, sentir o estrés postraumático y sus efectos.
- Habilidad para colaborar con los psicoterapeutas

b. Condiciones del mediador con relación al victimario:

- Conocimiento del sistema de justicia criminal
- Comprensión de la experiencia del infractor y del prisionero
- Aptitud para relacionarse con perpetradores de crímenes horrendos de un modo que no implique su juzgamiento
- Habilidad para negociar con funcionarios de alto nivel del sistema penitenciario para lograr acceso al infractor.

Una vez que el mediador logra establecer las bases para el diálogo y considera que es posible un acuerdo, debe proceder a establecer un encuentro entre las víctimas y el victimario para la solución del conflicto. Las intervenciones concretas

que debe realizar el mediador en procura de modificar las relaciones entre las partes son descritas por V. FISAS:

a) *Clarificaciones*: Son intervenciones que tienden a aclarar el lenguaje, para que no hayan interpretaciones, no existan contradicciones en los mensajes verbales, se supriman las disonancias en todo tipo de lenguaje, y cada mensaje resulte lo más aceptable posible para la otra parte. Igualmente las intervenciones pueden estar dirigidas a focalizar el tema, garantizar que ninguna de las partes utilice un lenguaje agresivo y aclarar las posiciones.

b) *Reformulación*: Es una construcción creativa, una huella positiva para señalar los terrenos e intereses comunes e instar a las partes para que compartan los problemas.

c) *Generación de Opciones*: consiste en la posibilidad de que las partes se comuniquen para que conjuntamente busquen opciones a sus diferencias y establezcan nuevas formas de convivencia.

5.3. EFECTOS DE LA MEDIACIÓN

Los efectos que produce la mediación pueden ser valorados desde la posición de los protagonistas mismos del drama criminal, es decir, desde las víctimas, el victimario y la sociedad:

Para las víctimas supone el reconocimiento del papel activo que tradicionalmente se les ha negado en el proceso y concretamente en la resolución del conflicto, con ella se abre un espacio para lograr una mejor y más efectiva atención, se les otorga un cauce para manifestar las emociones que experimentan desde su situación, permite la vinculación de profesionales de diversas disciplinas que se ocupen de la atención a las necesidades e intereses de

las víctimas evitando los procesos victimación secundaria tan habituales en el desarrollo del proceso penal; constituye una oportunidad para, en determinados casos, enfrentar al victimario, recibir una explicación del hecho realizado y superar los temores generados por el delito. Con este encuentro se pretende estimular un proceso de comunicación entre los afectados con miras a potenciar la solución consensuada de los conflictos que contribuya a garantizar una convivencia pacífica.

Para el victimario constituye un espacio que le permite asumir su responsabilidad, enfrentar directamente el hecho y las consecuencias que se han generado para los "otros", es una ocasión para rectificar, ofrecer una disculpa, explicar su conducta y demostrar su voluntad de colaboración hacia la reparación. Adicionalmente, se le presenta como una oportunidad para reparar su propia imagen y, dependiendo del caso, evitar la persecución penal, los antecedentes criminales y hasta la privación de la libertad.

Para la sociedad la mediación constituye un beneficio entre otras razones porque se genera un efecto pacificador en las relaciones sociales que se proyecta más allá de los propios implicados, pues se reconoce la capacidad de las personas para abordar y resolver sus conflictos. De la igual manera, produce un compromiso de la comunidad en la política criminal y el desarrollo de diversas formas para la solución adecuada de las disputas, disminuye el impacto de la delincuencia permitiendo la reparación de los daños además de reducir los efectos nocivos de las penas privativas de la libertad sobre la comunidad evitando que el delincuente se reintegre a la sociedad siendo más delincuente después de su paso por la cárcel.

Cuando culmina un proceso penal y la sentencia queda en firme, alguien ha ganado y alguien ha perdido. Con la mediación se busca superar esta percepción, en ella se trata de desarrollar el sentido de responsabilidad y

estimular la reconciliación, de tal manera que no es necesario que alguien pierda para que otro gane. Con la mediación no se busca suprimir el poder judicial ni privatizar a la justicia penal dejándola en manos de los particulares; se trata de repersonalizar el conflicto para que sean las partes quienes creen justicia a través de la reparación que se propone como una nueva vía de respuesta al delito que funcionaría de manera autónoma, complementaria o subsidiaria a las penas y a las medidas.

6. REFLEXIÓN FINAL: LA JUSTICIA RESTAURATIVA, LA HUMANIZACIÓN DEL SISTEMA PENAL DESDE LAS VÍCTIMAS.

El estudio y la discusión sobre la Justicia Restaurativa amerita más tiempo y espacio del que por ahora disponemos. Nuestra intención con este trabajo no es más que aportar ideas para su estudio y, por ahora, advertir que Colombia atraviesa por un momento trascendental, un período que invita a reflexionar sobre el diseño de instrumentos, más humanos, que hagan posible la búsqueda de la verdad y la justicia como pasos previos para alcanzar una verdadera paz. No podemos olvidar que una verdad compuesta por realidades agobiantes y crímenes atroces, en la que los culpables pueden seguir como si nada hubiera pasado ante el desconcierto de sus víctimas que, ultrajadas, deben soportar que se les despoje de su dignidad en espera de una justicia que no llegará, ahonda las heridas, intensifica la desazón de la injusticia e impide alcanzar una paz sólida.

Con esta propuesta no se está buscando la abolición del sistema de control formal del delito, este continúa presente determinando los límites de lo que socialmente se considera como intolerable, reaccionando mediante la afectación de bienes y derechos de las personas, pero suspendiendo su actuación mientras se facilita el empleo de instrumentos que hagan posible un encuentro creativo y humano en pos de una solución consensuada del proceso y la generación de nuevas formas de convivencia futura.

