



JUSTICIA RESTAURATIVA

Buenos días.

El Consejo Superior de la Judicatura se complace en estrechar lazos de amistad y trabajo con el poder judicial de otras latitudes y con diversas organizaciones nacionales y extranjeras, públicas y privadas, que desde su quehacer propio, se han comprometido y han desarrollado diferentes programas, mecanismos y acciones dirigidas a profundizar la implementación de la justicia restaurativa en las diferentes dimensiones y escenarios en los que se da el conflicto social, que a su vez deriva en la materialización del delito.

Tal vez la función más importante que se deriva de los mandatos constitucionales para el Estado colombiano, radica en la garantía de los derechos fundamentales y el objetivo de alcanzar la convivencia y la paz social.

Sin embargo, la dinámica institucional dada en el mundo, principalmente durante los dos últimos siglos, si bien ha avanzado en la generación de conciencia en torno a la importancia de los derechos humanos en la actuación estatal, también ha sufrido cierto estancamiento en lo que tiene que ver con la reflexión y la práctica relativa a la prevención, judicialización y sanción de los delitos, haciendo del elemento punitivo, prácticamente la única respuesta frente a las necesidades de orden social y superación de los conflictos.

Los desarrollos contemporáneos de política criminal muestran como, a pesar de las voces más reflexivas y críticas de la doctrina penal y criminológica modernas, no se ha avanzado hacia un derecho penal mínimo de carácter garantista, o hacia un uso subsidiario del derecho penal y con este de la prisión como mecanismo de control social formal.

Por el contrario, el populismo punitivo que se materializa en la producción indiscriminada e irreflexiva de normas penales, no ha ayudado a superar las dificultades y conflictos sociales, o por lo menos a garantizar de mejor manera los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino que por el contrario, lo que ha producido es hacinamiento carcelario, descontento social, uso desmedido del poder punitivo para abordar los conflictos sociales, acompañado de la radicalización de las ideas de un derecho penal del enemigo con tendencia al aumento punitivo permanente y la eliminación de las garantías penales clásicas, entre otros efectos perversos.

Este panorama resulta completamente hostil respecto de la posibilidad de implementar mecanismos y alternativas dirigidas a la tramitación, resolución y superación de los conflictos con base en respuestas no violentas y no punitivas.

Los discursos y prácticas de corte populista en materia de política criminal han llevado a sembrar en la población mayor desconfianza en la capacidad estatal de prevenir las violencias y la actividad delictiva, de

dar respuesta y enfrentar los fenómenos criminales cada vez más refinados, tecnificados o impactantes, y a solventar positivamente las expectativas sociales y de las víctimas del delito.

Por esto, el reto de la justicia restaurativa es aún mayor, dado que no solamente implica la posibilidad de abordar el delito, sus causas, consecuencias y de tratar de aportar positivamente hacia un futuro basado en la convivencia y la recuperación de la confianza pública entre los involucrados, sino que plantea una transformación radical en la forma en que la sociedad y el Estado, incluida la rama judicial, orienta sus prácticas cotidianas, ya que no se presenta como el resultado necesario de una reforma legal, sino que implica un cambio de perspectiva, de forma de entender e interpretar los mandatos normativos existentes desde un enfoque de cumplimiento sistémico y sustancial de los más altos valores constitucionales que le dan fundamento y sentido al ordenamiento jurídico colombiano, y, por lo mismo, a la materialización de su accionar orientado a la obtención de dichos fines.

En otras palabras, la justicia restaurativa implica incluir una mirada alternativa, otra forma de percepción y una práctica institucional diversa a la tradición punitivista que no ha resuelto ni ayudado a resolver problemas sociales o humanos sustanciales, y hacerlo con el más auténtico objetivo de fundar la sociabilidad humana en la reconciliación en términos de justicia y equidad, en medio de un océano de dudas y desconfianzas públicas sustentadas en el miedo al otro, a la obstinación frente a reconocer los errores y las faltas, al valor exclusivamente

simbólico del perdón, y a la idea común que solamente con la prisión se nivelan las cargas sociales derivadas del daño que implica el delito.

La justicia restaurativa así concebida, resulta ser una experiencia personal e institucional valiosa y auténtica, ya que no excluye a las partes en la búsqueda de condiciones que permitan reconocer, tramitar, resolver y superar los conflictos como mecanismo de prevención del delito, o como dijera el profesor Alessandro Baratta, de “robar el conflicto a quienes están involucrados en este”.

Y más allá, como se ha expresado ampliamente por la doctrina, es una alternativa válida en la reflexión acerca de las posibilidades de recuperación de la confianza entre víctima y agresor, de reconstrucción de los lazos sociales y familiares rotos a través del daño, y de recuperación personal de los involucrados para superar el rencor y la culpa que surgieron con el conflicto y la violencia.

Pero, aunque estos elementos en ocasiones parecieran no superar la dimensión teórica y una buena intención institucional no materializable, por el contrario, tienen una triple naturaleza que vale la pena que sea explorada: en primer lugar, se sustentan en los más importantes valores que le dan sentido al Estado Democrático y Social de Derecho y por lo mismo resultan obligatorios en la aplicación del orden jurídico nacional, en segundo lugar, se han venido decantando en elementos procesales que tiene efectos jurídicos inmediatos o mediatos, y por último, permiten

materializar la clásica finalidad resocializadora de la aplicación de la pena.

Derivado de lo anterior, resulta fundamental que los diferentes actores procesales comprendan, busquen y usen estos mecanismos que no solamente resultan más razonables y expeditos en la obtención de los fines procesales constitucionales, sino que a su vez implican disminución de las cargas laborales y descongestión judicial, pero, principalmente, la posibilidad de evitar que un proceso que podría aparecer como fácil de resolver, termine escalando en términos de la violencia empleada hasta llegar a materializarse en un delito, o en la comisión de nuevos delitos basados, por ejemplo, en la venganza.

Por esto, resultan de tanta relevancia los diferentes programas y acciones que vienen adelantando las entidades que participan en la primera parte de este evento académico, brindando alternativas a las prácticas usuales en busca de fomentar mecanismos que garanticen de forma más razonable y adecuada la intervención del Estado en la vida cotidiana y la configuración de una nueva forma de intervención social, no de reacción punitiva tradicional.

Allí se destacan las acciones que se pueden enmarcar en el “Pacto por la humanización de los sistemas de privación de la libertad en Colombia, desde la Justicia Restaurativa” que lidera la Procuraduría General de la Nación y que suscribió el Consejo Superior de la Judicatura en compañía de la gran mayoría, sino de la totalidad de las instituciones presentes el

día de hoy; lo mismo que los programas dirigidos a fomentar la justicia restaurativa en los sistemas locales de justicia y los mecanismos de resolución de conflictos por parte del Ministerio de Justicia y del Derecho, así como también el trabajo desarrollado principalmente en el fomento y consolidación de los sistemas locales de justicia en todo el país por parte de la Escuela de justicia comunitaria de la Universidad Nacional de Colombia, sin dejar de mencionar, el apoyo internacional brindado y ejecutado por el Consejo Británico y la embajada del Reino Unido en Colombia en materia de desarrollo de programas de justicia restaurativa relativos a los adolescentes que entran en conflicto con la ley penal.

Y, finalmente, en cuanto a la ejecución de la sanción penal, que de alguna manera también ha sido abordada por los trabajos antes mencionados del Consejo Británico con relación a la finalidad restaurativa del proceso y la sanción en el sistema de responsabilidad penal de adolescentes, tienen un capítulo especial los esfuerzos en materia de incorporación de prácticas restaurativas en la prisión en cabeza del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, y el trabajo desarrollado por la Confraternidad Carcelaria de Colombia, que en la búsqueda de moldear formas propias de abordar el reto de fortalecer los mecanismos para lograr la resocialización a través de la justicia restaurativa, ha hecho su propia versión de experiencias exitosas en el mundo, entre las que destaca el caso brasileño, donde la metodología APAC se presenta como un auténtico ejemplo a seguir por su resultados concretos frente a la recuperación de las vidas de los penados, la reconstrucción de los lazos sociales destruidos por el delito,

la reparación directa e indirecta del daño causado, la disminución drástica de los niveles de reincidencia en escenarios complejos de violencia y delincuencia, y, finalmente, la prevención del delito y de las violencias futuras, lo que no es otra cosa que el cumplimiento de la finalidad constitucional de resocialización con relación a la ejecución de la pena o la sanción según sea el caso.

Específicamente, el Consejo Superior de la Judicatura pretende armonizar la justicia formal con la justicia no formal, o sea, la justicia penal con la justicia restaurativa.

En la justicia penal el delito se considera como infracción a la ley, mientras que en la justicia restaurativa, como el daño ocasionado a otro o a la comunidad. Tradicionalmente, la justicia penal reposa sobre los pilares de autoridad de la ley, la seguridad de la sociedad y la educación del culpable, todo gira en torno del trasgresor, con exclusión de la víctima; en cambio, la justicia restaurativa hace énfasis en la singularidad y la memoria del ofendido , o sea, en la cultura reconstructiva, en el entendido de que el injusto o la injusticia destruye una relación que la justicia debe tratar de reconstruir, o, por lo menos, facilitar los caminos para que las partes lleguen a hacerlo; la cultura de la memoria que lleva la justicia al pasado para recuperarlo, para hacer notar que algunos derechos permanecen quebrantados y cuál es el significado del sufrimiento, lo que es una realidad que permite el reconocimiento mutuo entre víctima y victimario, y, como efecto, la construcción de un futuro, basado en un resultado reconciliatorio, que

incluye circunstancias personales de quienes se trabaron en el conflicto las manifestaciones auténticas de arrepentimiento, deseo de superación de las diferencias, compromiso de restauración o compensación por el daño, pero sobretodo voluntad de restablecer la confianza y los lazos sociales lesionados o perdidos (al respecto, se puede consultar “La justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas en la solución del conflicto penal”, escrito de Julio Andrés Sanpedro Arrubla, publicado en el año 2010).

Frente al conflicto, la justicia restaurativa mira si los daños son reparados o prevenidos, en lugar de medir cuánto castigo fue infligido.

La justicia restaurativa es un escenario de encuentro creativo entre víctima y victimario como protagonistas de un conflicto que puede ser adecuadamente manejado, superado o solucionado, a partir de que el uno reconoce al otro como tal y viceversa, en que el ofensor se enfrenta a sus propios actos y consecuencias, admite que cometió un delito, adquiere conciencia del daño que causó a la víctima, asume su responsabilidad y restaura los derechos conculcados y la sociabilidad quebrantada. Es así como, en materia penal, a pesar de que la conducta pone en peligro o vulnera un bien protegido por el Estado, es ante todo un conflicto humano que requiere ser asumido y resuelto, no mediante un castigo, sino con base en la construcción de nuevas relaciones entre las partes involucradas o la reconstrucción del nexo social roto por el ilícito.

Un modelo restaurativo tiene en cuenta el delito como un conflicto humano la existencia de una variada y compleja gama de daños que padecen las víctimas, la necesidad de reinserción del victimario y el ofendido marginado a raíz del comportamiento injusto, y la necesidad de entender que el perjuicio no se agota con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

De tal manera, poner en práctica un enfoque restaurativo en el desarrollo del proceso penal, implica, por una parte, comprender que la sanción, principalmente la prisión, no puede ser la única ni la más importante respuesta plausible del Estado para abordar y resolver los conflictos sociales y, en segundo lugar, que las alternativas dirigidas a contar con instrumentos más eficaces y adecuados para superar la conflictividad humana y restablecer los derechos o bienes afectados o destruidos con la conducta antijurídica, no se encuentra en los mecanismos judiciales tradicionales, sino que debe incorporar herramientas que desde el ámbito comunitario se han venido decantando históricamente para superar la situación irregular y tratar de recuperar el nexo social deshecho, para garantía de los derechos y expectativas de los implicados, y con el objetivo de hacer del conflicto y su adecuada resolución, un elemento fundamental en el fortalecimiento de la colectividad.

Por eso, fundamentalmente se habla de “justicia restaurativa” y no de “derecho restaurativo”, dado que las respuestas sociales y comunitarias han estado principalmente enfocadas en la búsqueda de alternativas

que antes de consultar o basarse en la legislación y las facultades y límites allí incorporados, parten de la utilidad y legitimidad que tiene la búsqueda de la reconciliación en todos los niveles (social, comunitario, familiar) independientemente de la existencia de parámetros positivizados, mediante el uso de mecanismos creativos, que a partir de su flexibilidad y compromiso con asegurar la equidad y garantizar el respeto y reconocimiento mutuo de los participantes en el conflicto generan resultados restaurativo.

La pena no debe ser la única respuesta al comportamiento punible, la pluralidad de situaciones que llevan a las personas a delinquir implican también múltiples respuestas. De ahí la importancia de la restauración como resultado que contribuye también a alcanzar los fines de la sanción, por tener efecto resocializador en la medida que lleva al autor a enfrentarse con las consecuencias de su actuar, conocer los intereses de la víctima, reconocer el contenido y la autoridad de las normas, reconciliarse con el ofendido y así reintegrarse a la colectividad.

En la justicia penal la meta es la sanción, pero en la justicia restaurativa es reparar el daño en lo individual, relacional y social, lo que implica la satisfacción de la víctima, voluntad de participación del ofensor, que se involucra más emocionalmente en el procedimiento, con disminución de la reincidencia.

En síntesis, la justicia restaurativa está conformada por una serie de elementos fundamentales como son el reencuentro, el reconocimiento,

la responsabilidad, la reparación o restauración, la reconstrucción y la reintegración.

Encuentro o reencuentro. Victimario y víctima se encuentran en el programa restaurativo para el diálogo, la reflexión y el autocuestionamiento. El ofensor se entera del sufrimiento del ofendido, dimensiona los efectos del daño ocasionado y el otro conoce la situación o las causas o razones que llevaron a aquél a actuar. Los dos indican sus necesidades, expectativas o intereses.

Reconocimiento. El victimario reconoce que cometió un delito, que irrogó un daño y qué su interlocutor es el ofendido que lo sufre. La víctima reconoce al primero como vulnerador de sus derechos y comprende las circunstancias o motivos que originaron su obrar.

Responsabilidad. El ofensor adquiere consciencia del daño y asume su responsabilidad con las respectivas obligaciones de reparar o restaurar.

Reparación o restitución En general, se considera la reparación como las acciones de arreglo pactadas para superar la afectación. La reparación material se realiza mediante la compensación, la devolución, o la indemnización. La reparación simbólica consiste en ofrecimiento de disculpas, manifestación de arrepentimiento, solicitud de ser perdonado.

La reparación se divide en restitución y restauración. En aquella se pretende devolver a la víctima a la situación anterior al conflicto, como

restituir la tierra al desplazado. En la última, el daño es irreparable no se puede volver a la situación anterior al delito, no es posible devolver lo “perdido”, entonces, hay que restaurar a la víctima en su dignidad.

Reconstrucción. La reparación del daño genera la reconciliación entre las partes que han solucionado el conflicto, la reconstrucción de la relación que antes tenían, o, incluso, la construcción de un nuevo nexo.

Reintegración. El ofensor se reincorpora al grupo para evitar el aislamiento y la estigmatización de la pena. Así mismo, incluye la reinserción de la víctima a la colectividad, no pocas veces marginada con ocasión de la conducta injusta. De esta manera se recupera la confianza en el victimario y se reconstruye el tejido social roto con el comportamiento injusto.

Por otra parte, el juez no puede ser ajeno a la realidad y descartar un resultado restaurativo mediante el que se hace justicia y que implica la terminación del proceso abreviado, de conformidad con la finalidad perseguida por el legislador, la modulación de la sanción en el proceso ordinario o en la ejecución de la pena.

En el artículo 9.º del Acto Legislativo 03 de 2002, modificatorio del artículo 250 de la Constitución, se dice: “La ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa”.

Ello es desarrollado en los artículos 518 a 521 de la Ley 906 de 2004 que regulan lo referente a la justicia restaurativa, consagran los principios generales y las condiciones básicas para la remisión de los casos a los programas restaurativos e incorporan algunas definiciones contenidas en el documento “Principios básicos de la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal”, anexo al Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre la reunión del Grupo de Expertos en Justicia Restaurativa de 7 de enero de 2002.

Como antes se anotó, el artículo 24 de la Ley 1826 de 2017 dispone que *“los mecanismos de justicia restaurativa podrán aplicarse en cualquier momento del procedimiento abreviado... hasta antes de que se emita fallo de primera instancia y darán lugar a la extinción de la acción penal...”*, mientras que el artículo 524 de la Ley 906 de 2004 permite acudir a dichos mecanismos desde la formulación de la imputación hasta antes del inicio del juicio oral y en los artículos 140 y 178 del Código de la Infancia y la Adolescencia se consagran que “el proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño” y “las sanciones señaladas en el artículo anterior tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa...”

En el procedimiento ordinario, salvo el mecanismo de la conciliación, la justicia restaurativa es un complemento de la justicia retributiva, no la sustituye, no la reemplaza, sino que implica la implementación de un enfoque restaurativo en las diferentes etapas del proceso penal. Por eso, el artículo 524 de la Ley 906 de 2004 dispone que “en los delitos

con pena superior a cinco años la mediación será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción” y el artículo 526 reitera que “los resultados de la mediación serán valorados para el ejercicio de la acción penal; la selección de la coerción personal, y la individualización de la pena al momento de dictarse la sentencia”.

Como la justicia restaurativa es más amplia que la retributiva, tienen cuenta al ofensor y, principalmente, a la víctima, se caracteriza porque la respuesta frente al conflicto no es única sino múltiple, idea el futuro y reconstruye el tejido social, los mecanismos de conciliación y mediación, cuando producen un resultado restaurativo, en el procedimiento abreviado, conducen a la preclusión de la actuación o la extinción de la acción penal, de conformidad con el artículo 24 de la Ley 1826 de 2017, pues como afirma Claus Roxin en su escrito La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones, publicado en Madrid, en 1991,: si la reparación es suficiente para resolver un conflicto social, la pena cede ante ella.

(A pesar de que la Ley 906 de 2004 comenzó a regir el 1.º de enero de 2005, no se ha expedido el manual de mediación. A la Fiscalía le corresponde designar al mediador durante el proceso.)

El mediador es un facilitador, un experto en justicia restaurativa, generalmente, un psicólogo, trabajador social o abogado, sapiente en

justicia comunitaria o en equidad, que sabe cómo abordar el problema y a las partes para que superen los miedos o temores, se reúnan y logren, mediante el consenso, un resultado restaurativo.

La Fiscalía General de la Nación no ha elaborado el manual de funcionamiento de la mediación de que trata el artículo 527 de la Ley 906 de 2004, omisión que ha significado que este mecanismo no haya operado hasta ahora como debe ser, lo que ha impedido que la finalidad perseguida por el legislador de que la actuación culmine en la fiscalía o en el juicio antes de la sentencia y no se congestione el ente investigador ni la jurisdicción.

Hoy, en el país, la justicia restaurativa opera extrajudicialmente antes, durante y después del proceso penal, bajo la coordinación de instituciones oficiales, como el centro juvenil de justicia restaurativa del Distrito Capital, unidades de mediación y conciliación en equidad en casas de justicia y organizaciones no gubernamentales, como la Confraternidad Carcelaria de Colombia, entre otros.

Esos resultados restaurativos no pueden ser desdeñados por los jueces, sino que deben producir los efectos previstos en la ley procedimental penal, como antes se anotó.

Las partes de una riña o una discusión deben ser atendidas por el Sistema Local de Justicia, a través de la justicia comunitaria, para

solucionar el conflicto y evitar que escale o se agrave hasta tal punto que resulte necesaria su judicialización.

Con la *notitia criminis*, el receptor debe remitir copia a un centro de justicia restaurativa para que adelante el programa respectivo, que es confidencial, y en el evento de que el resultado sea restaurativo, lo informe al fiscal o al juez para lo pertinente. Procedimiento extrajudicial paralelo, que no impide ni obstaculiza el proceso judicial, que, en cambio, es posible que no finalice con sentencia.

Por otra parte, este evento académico convocado y programado por el Consejo Superior de la Judicatura, y ejecutado a la perfección por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, pretende materializar la aspiración de contribuir desde las experiencias exitosas y las buenas prácticas institucionales, a hacer de la justicia restaurativa el mejor instrumento de legitimación del derecho penal y de la ejecución penitenciaria como elementos que aportan a la construcción de un estado democrático de derecho.