

La justicia restaurativa: un modelo comunitarista de resolución de conflictos

Restorative justice: comunitarian model of conflicts resolution

A justiça restaurativa: Um modelo comunitarista de resolução de conflitos

La justice restaurative : un modèle communautariste de résolution des conflits

Daniel Mauricio Patiño Mariaca⁸²
Adriana María Ruiz Gutiérrez⁸³

82 Abogado y Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Pontificia Bolivariana; Magister en Filosofía Política de la Universidad de Antioquia. Profesor de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín). Investigador adscrito a la línea de investigación en Conflicto, Proceso y Justicia del Grupo de Investigaciones en Derecho (GRID). Correo: daniel.mariaca@gmail.com

83 Abogada y Magister en Filosofía Contemporánea de la Universidad de Antioquia. Doctora en Derecho de la Universidad Santo Tomás (Bogotá). Profesora de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín). Investigadora adscrita al Grupo de investigación sobre Estudios Críticos. Correo: adriana.ruiz@upb.edu.co. La coautora realiza este artículo en el marco del proyecto de investigación Autoridad y poder: Para una crítica a la violencia del derecho, aprobado por el CIDI (UPB).



Resumen

Este artículo se enmarca en los debates contemporáneos sobre las teorías de la justicia, que tienen lugar en el campo de la filosofía política y la filosofía del derecho. El núcleo de la exposición estriba en oponer al modelo más generalmente aceptado de la justicia transicional, el modelo de la justicia restaurativa como un modelo de justicia de vertiente comunitarista, en el que los vínculos comunitarios son considerados más fundamentales que la concepción predominante del individualismo defendida por la tradición liberal. La oposición de estos dos modelos de justicia materializa, por tanto, el debate entre liberalismo y comunitarismo en el ámbito jurídico, en la medida en que hace corresponder a tales corrientes los conceptos de justicia referidos. Asimismo, esta reflexión aborda las nociones mencionadas en función de la administración y el acceso a la justicia en escenarios de conflicto como el de Colombia, que exigen como respuesta la puesta en práctica de mecanismos de alternatividad penal o de justicia en estado de excepción. Oponiendo tales modelos, este artículo plantea que la justicia restaurativa, a diferencia de la justicia transicional, posee un marcado carácter comunitarista, fundado en los lazos de amistad y fraternidad, constituyéndose, al mismo tiempo, en garante del comportamiento futuro del ofensor y su no reincidencia en la acción delictiva y, por supuesto, en la reivindicación y el reconocimiento de los derechos de la víctima. La justicia transicional, en cambio, ostenta un carácter liberal de corte utilitarista, basado en la negociación entre los victimarios y el orden estatal, con miras a terminar el conflicto, a pesar de la vulneración del lazo comunitario. Adoptando esta perspectiva, el presente artículo sitúa la discusión en el diálogo interdisciplinar de la filosofía con el derecho, reivindicando el componente de la reparación de las víctimas, pero también la reintegración social del ofensor, como el objeto principal de la restauración de la vida comunitaria, lo cual exige facultar a los actores sociales en una práctica de la justicia en cuanto bien común, liberado de la sola intervención estatal, con el fin de hacer posibles otras instancias para resolver las contradicciones inherentes a la vida social.

Palabras clave

Justicia retributiva, justicia transicional, justicia restaurativa, victimario, víctima.

Abstract

This article is framed in the contemporary debates about justice theories, taking place in the fields of political philosophy and philosophy of law. The core of this exposition is to oppose the most generally accepted transitional justice model to the restorative justice model as a comunitarian model of justice, in which the comunitarian bonds

are considered more fundamental than the prevailing conception of the individualism defended by liberal tradition. The opposition of these 2 models materializes the debate between liberalism and comunitarianism in the juridic field, in the way it corresponds these tendencies with the referred concepts of justice. Likewise, this reflection approaches the mentioned notions addressing the administration and the access to justice in conflict scenarios as the colombian, that require the practice of alternative penal mechanisms or the justice in the state of emergency. Opposing such models, this article sets that restorative justice, contrasted with transitional justice, has a marked comunitarian character founded in friendship and fraternity, constituting itself, at the same time, as the guarantor of the offender's future behavior and his non-reincidence in delictive actions, and of course, the reindication and recognition of the victim's rights. In the other hand, the transitional justice has a liberal character of utilitarian aspect, based on the negotiation between victimizers and the State, looking forward to finish the conflict, despite the breach of the community loop. Adopting this perspective, the present article sets the discussion on the interdisciplinary dialogue between the philosophy and the laws, reindicating the victims' repair, but also the social reinsertion of the offender, as the principal object of the restoration of comunitarian life, which demands the social actors in the practice of the justice towards the common wealth, released from the State's intervention, making possible other instances for solving inherent contradictions of social life.

Key words

Retributive justice, transitional justice, restorative justice, victimizer, victim.

Resumo

O presente artigo faz parte dos debates contemporâneos sobre as teorias da justiça que se desenvolvem no âmbito da filosofia política e a filosofia do direito. O núcleo da exposição consiste em opor ao modelo geralmente aceitado da justiça transicional, o modelo da justiça restaurativa como um modelo de justiça de inclinação comunitária, em que os laços comunitários são considerados mais importantes do que a concepção dominante do individualismo defendida pela tradição liberal. A oposição desses dois modelos de justiça concretiza, por tanto, o debate entre liberalismo e comunitarismo no âmbito jurídico, na medida em faz corresponder com tais correntes, os conceitos de justiça referidos. Igualmente, esta reflexão aborda as noções mencionadas nos termos da administração e o acesso à justiça em contextos de conflito como na Colômbia, que exigem como resposta a implementação de mecanismos de alternatividade penal ou de justiça em estado de exceção. Opondo tais modelos, este artigo argumenta que a justiça

restaurativa, ao contrário da justiça transicional, tem um forte caráter comunitarista, baseado nos laços de amizade e fraternidade, tornando-se, ao mesmo tempo, na base da garantia do futuro comportamento do ofensor, da não reincidência na ação criminal e, naturalmente, da afirmação e o reconhecimento dos direitos da vítima. A justiça transicional, no entanto, possui um caráter liberal utilitarista, baseado na negociação entre os vitimizadores e o Estado, a fim de terminar o conflito, apesar da violação do vínculo comunitário. Adotando essa perspectiva, este artigo coloca a discussão no meio do diálogo interdisciplinar da filosofia e o direito, afirmando a reparação das vítimas, mas também a reintegração social do ofensor como o principal objeto da restauração da vida comunitária. O que exige capacitar aos atores sociais numa prática da justiça entendida como bem comum e liberada da intervenção única do Estado, a fim de tornar possíveis outras instâncias para resolver as contradições inerentes da vida social.

Palavras-chave

Justiça retributiva, justiça transicional, justiça restaurativa, vitimizador, vítima.

Résumé

Cet article s'encadre dans les débats contemporains des théories de la justice au sein de la philosophie politique et la philosophie du droit, en opposant au modèle plus accepté de justice transitionnelle, le modèle de justice restauratrice comme une justice communautariste dans laquelle les liens communautaires (d'amitié et de fraternité) sont considérés comme fondamentaux, au-delà de la conception individualiste propre de la tradition libérale. L'opposition de ces deux modèles de justice, reproduit le débat entre libéralisme et communautarisme dès une perspective juridique, en faisant coïncider ces deux conceptions de justice. Du même, ces concepts seront analysés en fonction de l'administration et l'accès à la justice, dans des scénarios en conflit comme la Colombie qui exige la mise en œuvre des sanctions pénales alternatives ou d'une justice en états d'exception. La discussion se centre ici dans un dialogue interdisciplinaire au cœur de la philosophie du droit, en revendiquant la réparation des victimes et aussi la réintégration sociale de l'agresseur comme l'aspect principal de la restauration de la vie communautaire ; cela exige préparer les acteurs sociaux à une pratique de la justice en fonction du bien commun, libéré de la seule intervention de l'État, afin de rendre possible différentes juridictions pour résoudre les contradictions de la vie en société.

Mots clés

Justice rétributive, justice transitionnelle, justice restaurative, victimaire, victime.

Introducción

En sociedades tan complejas como las actuales, con conflictos políticos y sociales de larga duración e intensidad, y una notoria omisión del Estado para reparar la histórica cadena de daños provocados por dichos conflictos, las dinámicas de la *justicia restaurativa* en materia de reparación se tornan prioritarias, no sólo para el poder público, sino también, y más exactamente, para la comunidad. El imperativo de la restauración exigirá, por lo tanto, diseños normativos, políticos y sociales que rebasen el marco de los componentes punitivos convencionales de persecución y castigo a los perpetradores, y orientados, en cambio, a la implementación de mecanismos reales de reparación fundados en la responsabilidad y la solidaridad respecto a las víctimas y los transgresores. La restauración supone una serie de condiciones vitales que vinculan positivamente al Legislador y demás instancias que le aplican, todas las cuales al establecer, ejecutar e interpretar han de procurar y satisfacer demandas existenciales, tales como: *restaurar* a las víctimas sus pérdidas materiales y personales, así como su sentido de pertenencia, reconocimiento y apoyo social; *recobrar* la dignidad del victimario; *recuperar* la participación de la comunidad en las deliberaciones en torno a la justicia y sus modos concretos de aplicación; *reivindicar* la armonía comunitaria a partir del sentimiento real de justicia (Escobar, 2006, p. 155-156).

Esta comprensión de la justicia debe considerarse como parte de un debate filosófico y jurídico, que tenga por objeto el significado y la eficacia de la restauración de los lazos sociales entendidos como fundamento de la vida en comunidad. La restauración involucra más que el amparo institucional —en el mejor de los casos parcial—, implicando una serie de acciones comunitarias dirigidas a la consecución de resultados restaurativos, que subviertan los factores reproductores del conflicto. En este sentido, la restauración plantea una discusión necesaria e inaplazable en orden a vincular y concretar la actividad socio-política orientada a la restauración y la satisfacción de los derechos de la comunidad. Bajo esta perspectiva, la justicia restaurativa ostenta un carácter dinámico e impulsador, que además de otorgar condiciones vitales efectivas, tenderían a establecer las tareas estatales y orientar la futura acción comunitaria.

En efecto, los procesos y programas restaurativos vinculan de manera cierta y efectiva a los poderes públicos en cuanto les formulan un trazado programático de objetivos. Respecto al poder legislativo, la restauración de los derechos es un factor de observancia obligatoria —diferente a los objetivos meramente

políticos— en los procesos de reglamentación, ponderación y optimización legislativa. Lo mismo cabe decir de la administración y la judicatura, por cuanto las tareas restaurativas contienen mandatos e interpretaciones ineludibles respecto a las demandas y los derechos en conflicto. Por su parte, la comunidad participa activa y responsablemente en la resolución de los problemas y, por supuesto, en la reparación de los daños padecidos por sus miembros.

Validar esta perspectiva implica delimitarla frente a la diversidad de teorías de la justicia, cuyas diferencias son sensibles en lo concerniente al lugar que ocupa en ellas la creación y el mantenimiento de los lazos comunitarios. La noción de justicia restaurativa contrasta así con otras concepciones de la justicia mayoritariamente aceptadas, como es el caso de la justicia retributiva, en la que se identifican de suyo justicia y castigo, y de la justicia transicional en el caso de los modelos de alternatividad penal en estados de excepción.

Entre los sistemas punitivos, la justicia retributiva se refiere a la forma tradicional como el Estado enfrenta y reprime los comportamientos que considera lesivos y perjudiciales para el logro de la paz y la tranquilidad. Esta función fue descrita en su crueldad y en su simplicidad por Michel Foucault (1981), al formular la relación de directa proporcionalidad entre la ley, la vigilancia y el castigo. A comienzos del siglo XIX, gracias a la reelaboración teórica de la ley penal que puede encontrarse en Beccaria (1998), Bentham (2001) y los legisladores del primero y segundo Código Penal Francés de la época revolucionaria, el concepto de justicia retributiva toma por fundamento los siguientes principios: a) El crimen no tiene ninguna relación con la falta moral o religiosa, sino que es la ruptura de la ley civil establecida en el seno de una sociedad por el legislador. Por tanto, antes de la existencia de la ley no hay infracción, y sólo se debe castigar la realización de aquellas conductas que son claramente tipificadas por la ley; b) Las leyes positivas no deben transcribir los contenidos de la ley natural, religiosa o moral, deben simplemente representar lo que es útil para la sociedad, definiendo como reprimible lo que es nocivo; c) Debe existir una definición clara y simple del crimen equivalente al daño social.

De esta manera, se formula la definición jurídica del criminal que en la historia de las ideas filosóficas fue anticipada por la tradición liberal moderna que funda la existencia del Estado en el presupuesto y la defensa del contrato social (Hobbes, Spinoza, Locke, Rousseau, Kant). En dicha concepción el criminal es considerado, por tanto, como aquel que ha transgredido el pacto social, y la ley penal como el instrumento mediante el cual se impone un castigo

al infractor para que sea pagado y no se repita el daño causado a la sociedad y al orden de las leyes. En efecto, el Estado castiga a quienes al transgredir las leyes atentan contra el pacto social que permiten el mantenimiento del orden y sus instituciones. En palabras más exactas, el castigo simboliza el poder punitivo del orden jurídico-institucional sobre cualquier miembro de la sociedad que intente subvertir el discurso y las prácticas estatales y, en modo alguno, la satisfacción de las víctimas. El castigo es, pues, el daño que se impone al victimario, el cual es proporcional al menoscabo causado al Estado por el delito cometido. La justicia retributiva se fundamenta en el principio de legalidad, mediante el cual el Estado tiene el deber de investigar y castigar cualquier violación que se produzca a la ley penal. Dicho principio es constitutivo del pensamiento liberal y, a su vez, conforma la garantía de igualdad y seguridad de todos ante la ley.

El surgimiento de modelos de justicia, creados para enfrentar los conflictos bélicos de gran intensidad, como los que tuvieron lugar en el siglo XX, que incluyeron la definición jurídica de graves violaciones a los derechos humanos, planteó una situación nueva para esta idea básica de la justicia como retribución. Juicios como los de Nüremberg o los del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY), representaron la puesta en práctica de un modelo transicional de justicia cuyo objetivo se debatió, por un lado, en la aplicación estricta de la ley penal, pero por otro lado, en lograr la transición política de la guerra a la paz. En escenarios como el de la dictadura militar Argentina y otros, la implementación de la justicia transicional ha privilegiado este segundo objetivo de carácter político, con una aplicación benigna de la ley penal, incorporando instrumentos de negociación, indulto y amnistía que se han vuelto característicos de este concepto de justicia. Este uso de la justicia transicional ha suscitado las críticas que lo consideran una forma de derecho penal antiliberal y antigarantista, de excepción generalizada y emergencia permanente (Pastor 2006, p. 486), que obvia los principios de la justicia retributiva formulados en la modernidad.

Contra esta opinión, sin embargo, la justicia transicional se inserta en el conjunto de ideas defendidas por el liberalismo, en la medida en que plantea un concepto de justicia que, en el imperativo del restablecimiento de la paz, privilegia el aseguramiento de las condiciones para la permanencia del Estado y de la legalidad. La potestad del soberano o del legislador para suspender la justicia ordinaria en estados de excepción, en aras de la prevalencia de la ley y del derecho, son ideas típicamente modernas, propias de la tradición liberal, que están a la base del concepto de justicia transicional. Aquí, el

orden estatal suspende, la mayor de las veces, el castigo a los perpetradores en orden a mantener la existencia y legitimidad de las institucionales. La justicia transicional ostenta, pues, un carácter liberal de corte utilitarista basado en la negociación entre los victimarios y el mantenimiento del orden estatal con miras a terminar el conflicto, a pesar de la vulneración del lazo comunitario.

Por su parte, y en oposición a este modelo, la justicia restaurativa posee un marcado carácter comunitarista fundado en los lazos de amistad y fraternidad, constituyéndose, al mismo tiempo, en garante del comportamiento futuro del ofensor y su no reincidencia en la acción delictiva y, por supuesto, en la reivindicación y el reconocimiento de los derechos de la víctima. La justicia restaurativa concibe que el delito no solo perjudica al Estado y a la sociedad considerada bajo un concepto general y abstracto, sino, particularmente, a las víctimas. Por esta razón, la justicia restaurativa le otorga a éstas un protagonismo excepcional en el proceso penal, facultándolas incluso para decidir sobre el tipo de sanción que resulte más conveniente para que se sientan reparadas. La restauración de los lazos comunitarios moldea, así, la singularidad, la estructura y la función de la justicia restaurativa, garantizando además de los derechos subjetivos de los individuos, la vida comunitaria en su totalidad. Esta finalidad actúa limitando, creando y manteniendo la sociedad públicamente constituida como comunidad, a fin de garantizar la integración de sus miembros. Aquí reside, justamente, el alcance diferencial de la justicia restaurativa respecto a la transicional, toda vez que supera el interés meramente liberal de la satisfacción los derechos individuales y del orden estatal, aspirando al reconocimiento pleno de los victimarios, las víctimas y la comunidad.

Por lo tanto, la justicia restaurativa desplaza el interés original por los derechos individuales hacia los derechos comunitarios. Se trata aquí, por supuesto, de una relación complementaria y, en ningún caso, excluyente. De esta manera, la justicia restaurativa abandona la tradición liberal propia de la justicia transicional, privilegiando, en cambio, la tradición comunitarista, la cual sirve de pauta para las nuevas tareas y consignas de la comunidad. Ésta asume, pues, una fuerte presencia en la vida y el destino de los miembros, ya que debe procurar todo lo necesario en aras de fortalecer los lazos comunitarios. En este sentido, la justicia restaurativa constituye una evolución progresiva de la noción y el alcance de la justicia, así como el despliegue decisivo de los derechos de las víctimas, los victimarios y la comunidad.

Naturalmente, la reparación de las relaciones sociales como baluarte de esta forma de justicia, se debe a las continuas transformaciones sociales y culturales,

así como de las condiciones en que actualmente, y en un futuro próximo y predecible, debe desenvolverse la vida humana en condiciones espirituales y materiales, acordes con el principio de la dignidad, porque la vida y la dignidad de los ciudadanos bajo la metamorfosis del Estado moderno en Estado social, exige no sólo de una liberación de la intervención estatal, sino también una serie de condiciones que no están a disposición del individuo aislado, quien, en el mejor de los casos, tan sólo dispone de tales condiciones parcialmente, y en muchos casos, ni siquiera de este modo, quedando por tanto fuera de la protección propia del orden de los derechos. En la actualidad, la integración y la reparación de los victimarios y las víctimas exige la participación activa de todas las instituciones políticas y los miembros de la comunidad.

Por *justicia* se entenderá, en su dimensión práctica, una manera de enfrentar la criminalidad por dos razones: a) Por el inusitado auge internacional que ha tomado el asunto de los crímenes de lesa humanidad y sus efectos sobre las víctimas; en este terreno los delitos no sólo han constituido una preocupación permanente para los ordenamientos estatales, sino también, y más recientemente, para la comunidad internacional, la cual contempla, además del castigo a los perpetradores, la satisfacción de los derechos de las víctimas. b) Por los efectos legitimadores que suscita el empleo de la noción justicia en el ámbito penal, el cual aludía estricta y exclusivamente al uso de la represión del orden estatal sobre la criminalidad. Ahora, en cambio, se le otorga una importancia definitiva a la resolución de los conflictos por parte de los actores implicados, tanto a nivel nacional como internacional, considerándose que el castigo impuesto ya no sólo por las instancias judiciales sino también por las demandas de las víctimas constituye la máxima expresión de la vida futura en sociedad.

He aquí el asunto cardinal de esta reflexión referida a la confrontación de las distintas nociones de justicia, y principalmente, al debate entre *justicia transicional* y *restaurativa*, que en ningún caso suponen homogeneidad, sino al contrario, importantes diferencias respecto al reconocimiento concreto y la significación del conflicto y sus modos de resolución, los cuales dependen a su vez de numerosos criterios extranormativos, particularmente, de los vínculos históricos, culturales, políticos, económicos entre los miembros de la comunidad. Un elemento determinante entre estas nociones estriba en su inserción dentro del modelo más general de la justicia retributiva, y por tanto, respecto al lugar que tiene en ellas el castigo, el cual se torna a menudo el principal objeto de las demandas de justicia. Al respecto, cabe considerar que entre la justicia restaurativa y la justicia transicional no puede existir una relación

de complementariedad. En cambio, la justicia retributiva se complementa con la restaurativa por cuanto una y otra, sin obviar naturalmente sus diferencias y alcances, plantean la responsabilidad del infractor respecto a la víctima, a diferencia de cómo ocurre con las penas simbólicas impuestas por la justicia transicional en el marco jurídico de momentos de amnistía e indulto.

Sin embargo, la justicia restaurativa, además de observar la responsabilidad penal del victimario, concentra sus esfuerzos en su reintegración social y, por supuesto, en la reparación a los ofendidos bajo la acción delictiva. En este aspecto, la justicia restaurativa, a diferencia de las demás nociones de justicia (retributiva y transicional), resulta no sólo novedosa, sino también considerablemente necesaria debido, por un lado, al carácter responsabilizante del infractor y, por otro lado, a su componente reparador de la víctima y la comunidad. Por esta razón, resulta imprescindible comparar tales nociones de justicia, a fin de comprender objetivamente las tareas, la conformación y la eficacia de los modelos punitivos y restauradores en una comunidad concreta.

En este contexto, este artículo aspira a profundizar los desarrollos en la conceptualización de la justicia restaurativa, a la luz de una problematización más general que implica delimitar el alcance de distintas nociones de justicia. En dicha problematización se reconocerán posiciones filosóficas enfrentadas, y al mismo tiempo, mezcladas en un universo teórico en el que las demandas sociales de justicia exigen respuestas concretas en sus respectivas esferas de aplicación. En particular, se sostiene que, frente a la más generalizada noción de justicia transicional emanada del liberalismo político, la noción de justicia restaurativa hace posibles realizaciones efectivas en el plano de aplicación del derecho mucho más efectivas para una perspectiva teórica en la que la noción de comunidad se torna más fundamental que las solas demandas individuales bajo las que se forja el concepto de justicia desde la modernidad. Así, en un horizonte indudablemente jurídico, como el que abordamos aquí, se reconocerá el fondo de las discusiones de la filosofía política contemporánea y de la filosofía del derecho, en especial, el litigio entre comunitaristas y liberales. Sin pretender un abordaje directo de dichas vertientes, representadas por autores como Taylor, Sandel o MacIntyre en el primer caso, y Rawls y Nozick en el segundo, este trabajo en algún sentido deja sugerida una solución al debate, no en los términos de una conceptualización abstracta, sino considerando la viabilidad y los componentes para la implementación de un modelo de justicia restaurativa en la práctica de la administración de justicia. Para hacerlo, la mayor parte del desarrollo propuesto se concentrará en presentar, en franca oposición, los conceptos de justicia transicional y restaurativa, definiendo

sus conceptos, antecedentes, principios y mecanismos, recurriendo a fuentes autorizadas, desde un enfoque transdisciplinar que incluye disciplinas como la filosofía, la teoría política y el derecho. La finalidad de este trabajo estriba en aclarar estos modelos de justicia, tomando partido por la justicia restaurativa, considerándola como un modelo propicio para afrontar las demandas de justicia emanadas de conflictos como los que vive nuestro país. La reflexión final sobre las víctimas atiende a las urgencias del caso colombiano, respecto al cual el artículo pretende ser una respuesta plausible, bajo el presupuesto del deber moral de los académicos con la formulación de iniciativas transformadoras comprometidas con la realidad social.

1. La justicia transicional: La problemática tensión entre la transacción y el castigo

a. Concepto de la justicia transicional

La justicia transicional es un fenómeno de perspectiva histórica que, paulatinamente, presenta nuevos dilemas y tareas jurídico-políticos. Hace dos décadas, en el plano internacional, la justicia transicional contemplaba la transformación de un orden político a otro, ora por el tránsito de un régimen dictatorial a uno democrático, ora por la finalización de un conflicto interno armado y la consecución de la paz. El cambio de régimen socio-político y la consolidación de un nuevo valor universal “derecho humanos”, exigía, por lo tanto, el ajusticiamiento riguroso —castigo— de los perpetradores de crímenes atroces violatorios de los derechos humanos. La justicia transicional —exclusivamente punitiva—, se presentaba así como el único modelo posible para legitimar la victoria de los vencedores, sancionar a los vencidos y proteger a las víctimas, todo ello en escenarios de guerra. Posteriormente, la comunidad internacional, cada vez más consolidada en relación con el poder de los Estados, advierte serios desafíos a las naciones en materia de justicia transicional. Sin excluir el ajusticiamiento severo a los transgresores de los derechos humanos, el derecho internacional exige a los Estados la consecución adicional de los derechos a la verdad, la reparación y la no repetición de crímenes atroces. Sin embargo, la fuerza de los guerreros —adversarios del Estado— evita un triunfo militar de su parte, lo cual genera una inevitable negociación política de fuerzas e intereses contrapuestos entre los bandos,

además de la necesaria transacción entre justicia, paz y perdón, justificada en nombre de los valores universales: *seguridad, paz y bienestar*. La consecuencia fundamental de la necesaria negociación política de los guerreros, y con ello la dualidad de castigo y clemencia, radica en el diseño de modelos transicionales que optan alternativamente por el sacrificio de alguno de los imperativos entre justicia y paz o que, en algunos casos, combinan sus contenidos. Los discursos y las prácticas de un Estado en nombre de los derechos humanos y demás valores y derechos universales, le permite al orden político, además de derrotar militarmente a su adversario, robustecerse de facultades excepcionales cada vez mayores propias de la transición, que incluían la suspensión de la normalidad del sistema jurídico y político. En otras palabras, lo excepcional pierde gradualmente su condición ontológica, asumiendo, en cambio, una condición de normalidad jurídica y política que le permite al ejecutivo adoptar formas de soberanía absoluta en materia de guerra y de paz.

De esta manera, la dicotomía entre justicia y paz y, en consecuencia, la elección entre los modelos sustanciales (*perdones amnésicos, perdones compensadores, perdones responsabilizantes*) y procedimentales (*justicia impuesta, autoamnistías, perdones recíprocos, transiciones democráticamente legitimadas*) pasó a depender exclusivamente de las preferencias políticas (Elster, 2006, p. 201). Al respecto, John Elster comprende el término *política* en un sentido amplio, por cuanto incluye decisiones individuales y colectivas referidas al castigo y la reconciliación, los victimarios y las víctimas, el pasado y el presente:

el comportamiento malo e ilegal se puede definir, en sentido amplio o restringido. Se puede buscar un castigo suave o severo para el hecho delictivo previamente definido. Se puede definir el sufrimiento y a las víctimas, en sentido amplio o restringido. Se puede optar por una compensación generosa o predominantemente simbólica. Además de estas escogencias sustantivas, hay que tomar numerosas decisiones respecto al procedimiento, como hacer valer una legislación retroactiva o extender el estatuto de las limitaciones (2006, p. 194).

Las decisiones transicionales también obedecen a otros factores como creencias, restricciones y poder de negociación, así como a las preferencias basadas en las emociones, la razón o el interés. Sin embargo, estas motivaciones también contienen las tensiones propias de los modelos transicionales referidos al castigo y el perdón de los perpetradores de graves crímenes. Empero, dichas tensiones se inscriben no sólo en el orden especulativo, sino también, y más

exactamente, en tres momentos históricos diferentes, a saber: a) El período de la segunda posguerra mundial caracterizado por reconocerles a los derechos humanos un valor universal y sin restricciones y, en consecuencia, una punición severa a sus transgresores; b) El período posterior a la guerra fría que, al contrario, enfrentó la tensión entre las exigencias jurídicas de justicia y las necesidades políticas de paz; c) La época actual, la cual tiende hacia la normalización de la justicia transicional de excepción y, en concreto, hacia el empleo del lenguaje del derecho de la guerra en contextos de paz, tal y como ocurre en el caso del terrorismo (Cf. Teitel citado por Uprimy & Saffón, 2005, p. 215). A propósito, Daniel Pastor sostiene que:

En esta evolución hemos llegado, en la actualidad, a un Derecho penal antiliberal y antigarantista, de excepción generalizada y emergencia permanente, que se puede ver en diversos campos de la intervención punitiva: la seguridad pública en general, el terrorismo, la criminalidad organizada, la “lucha” contra la corrupción pública, el comercio de armas y drogas, el Derecho penal económico, fiscal y del medio ambiente, el “combate” contra la inmigración “ilegal” y la represión de crímenes de Estado “contra la humanidad”, de “lesa humanidad” o crímenes de derecho internacional. En todos estos ámbitos, en los últimos años, han sido borrados muchos de los límites previstos por un Derecho penal organizado para garantizar los derechos fundamentales del individuo enfrentado al poder penal. En estas áreas, por ejemplo se han introducido figuras incompatibles con la cultura penal liberal, tales como las penas desproporcionadas, los delatores, agentes encubiertos, personas de confianza, informantes, arrepentidos, agentes provocadores, encarcelamiento preventivo duradero con fines sustantivos, la inaplicabilidad de casi todas las manifestaciones del principio *nullum crimen*, etc. (2006, p. 486-487).

De esta manera, se ha impuesto paulatinamente un modelo de justicia punitiva o correctiva que exige la verticalidad de un vencedor y un vencido a quién castigar en protección de aquellos valores de contenido y aplicabilidad universal. Esto se traduce en la ausencia total de cualquier dicotomía entre principios universales, o lo que es lo mismo, se exige la paz en términos de justicia-correctiva sin ninguna vacilación. De ahí que el castigo de los vencedores atraviesa el nacimiento del derecho penal internacional con su modelo de justicia como único mecanismo posible. Este avance del derecho penal internacional contemporáneo —con relación al clásico derecho público internacional—, se basa en la idea de una responsabilidad penal individual y el reconocimiento del individuo como sujeto de derecho internacional, además

de la obligación de los Estados —asumidos como vencedores— de castigar a los infractores de los máximos valores de la humanidad. De esta manera, el derecho internacional y su modelo de justicia punitiva rebasan los límites soberanos de cada pueblo, instalándose como un modelo homogéneo de valores, derechos y sanciones (Werle, 2005, p. 44).

b. Antecedentes históricos de la justicia transicional

Ahora, esta concepción del derecho penal internacional y su alcance de justicia transicional punitiva se ha desarrollado a partir de cuatro momentos, a saber: a) El Tratado de Versalles que presentó un ambicioso modelo sancionador de los criminales de guerra, aunque nunca llegó a implementarse⁸⁴; b) El “Derecho de Nüremberg”, acaecido tras el final de la segunda guerra mundial, cuya fuente es el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg⁸⁵,

84 Los comienzos de una fundamentación de la responsabilidad penal individual en el derecho internacional se encuentran en el tratado de Paz de Versalles del 28 de junio de 1919. En esta disposición se establecía el deber de enjuiciar al ex-emperador de Alemania Guillermo II de Hohenzollern a través de un tribunal penal de composición internacional. Además, el Tratado consagraba la facultad de los aliados para enjuiciar ante sus propios tribunales militares a los “acusados de haber cometido actos contrarios a las leyes y a las costumbres de la guerra”, y la obligación del gobierno alemán de extraditar a criminales de guerra y a prestar asistencia judicial (Cf. Werle, 2005, p. 44-48).

85 El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg convenido en el Acuerdo de Londres por las Potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial el 8 de agosto de 1945, instituye el nacimiento del derecho penal internacional. La declaración del Estatuto establece que los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad fundamentan su punibilidad directamente en el derecho internacional. Este enfoque revolucionario en la citada disposición normativa establecía la persecución efectiva a personas como consecuencia de su responsabilidad en crímenes de derecho internacional. Entre los tipos listados en el artículo 6º del Estatuto del Tribunal Militar Internacional se destacan: a) Crímenes contra la paz, que incluyen la planificación, la preparación y la conducción de una guerra de agresión; b) Crímenes de guerra, que penalizan las violaciones de las leyes y usos de la guerra; c). Crímenes de lesa humanidad, que comprende las infracciones cometidas contra los propios nacionales. En este caso, el ámbito de aplicación del derecho internacional se extiende al propio interior del Estado. La idea fundamental del tipo delictivo de los crímenes de lesa humanidad contempla determinados ataques contra individuos que pasan a tener dimensión internacional cuando se dirigen sistemáticamente en contra de una determinada población civil. Los artículos 7º y 8º del Estatuto en mención consagran a su vez la punibilidad independiente de la legalidad del crimen de acuerdo a la legislación del país en que éste haya sido perpetrado: “El cargo oficial de los acusados, ya sean Jefes de Estado o funcionarios a cargo de Departamentos del Gobierno no les exonerará de las responsabilidades ni servirá para atenuar la pena. Tampoco el hecho de que el Acusado actuara obedeciendo órdenes de su gobierno o de un superior le exonerará de responsabilidad, sino que sólo puede atenuarla” (Werle, 2005, p. 54-55).

y confirmado por la Asamblea General de las Naciones Unidas. El modelo de Núremberg —al igual que el tratado de Versalles— se asume críticamente como una “justicia de los vencedores”, es decir, de las potencias victoriosas tras el fin de la Segunda Guerra Mundial. La legitimidad política y jurídica del derecho de Núremberg es altamente cuestionada, ya que jamás se llevaron a cabo juicios penales contra los hechos cometidos por los Aliados, frente a lo cual se presentaba el interrogante de si los principales responsables de las potencias del eje europeo debían comparecer ante un tribunal por haber iniciado y desarrollado una guerra de agresión o por el solo hecho de haberla perdido. Desde el ámbito jurídico se critica principalmente la violación de la prohibición de penas retroactivas, proscripción aceptada en principio por el Tribunal Militar Internacional; c) Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y para Ruanda establecidos por las Naciones Unidas desde mediados de los años noventa, los cuales reforzaron la validez del derecho penal internacional⁸⁶; d) El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en vigor desde el año 2002. Este Estatuto es la primera codificación comprensiva del derecho penal internacional, la cual confirma y precisa el derecho penal válido según normas consuetudinarias de derecho internacional público⁸⁷.

86 Las graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde inicios de los años noventa y por las masacres a la minoría Tutti en Ruanda, condujeron al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, bajo el pretexto “[de] mantener o restablecer la paz y la seguridad mundial”, a establecer dos tribunales penales internacionales como órganos subsidiarios: El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia [TPIY] y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda [TPIR]. La base jurídica de estos tribunales no es un tratado internacional sino una Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, según el capítulo VII de la Carta de la ONU. La consecuencia directa de este modelo es la fuerte posición de estos tribunales frente a los Estados. El artículo 25 de la Carta de la ONU obliga a todo Estado a cooperar con los Tribunales so pena de cumplimiento coactivo de esta obligación. Así mismo, se haya previsto literalmente en los estatutos la prioridad de estos Tribunales Penales Internacionales frente a los órganos judiciales nacionales, incluido los del Estado en los que se hayan cometido los delitos. Los crímenes de guerra, genocidio y de lesa humanidad eran de competencia del TPIY, acaecidos entre el 1 de enero de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determinaría una vez restaurada la paz. El genocidio, los crímenes de lesa humanidad y de guerra, cometidos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994, eran de conocimiento del TPIR.

87 Entre el 16 y el 17 de junio de 1998, Naciones Unidas convocó en Roma una conferencia internacional para la elaboración del estatuto para una corte penal internacional. Países como Australia, Canadá y Alemania trabajaban arduamente por la creación de un tribunal fuerte y lo más independiente posible; Estados Unidos, India y China, al contrario, aspiraban a un tribunal en principio débil y más bien simbólico. El 17 de junio de 1998 se adoptó en el pleno, con 120 votos a favor, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que pudo entrar en vigor el 1 de julio del 2002 (Werle, 2005, p. 70-73).

En la actualidad, la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad se reclaman como los bienes jurídicos de mayor relevancia para la comunidad internacional y para el interior de cada Estado. La transgresión a dichos intereses obtiene una dimensión internacional y lo convierte en un crimen de derecho internacional. En consecuencia, el castigo de los crímenes de derecho internacional corresponde a la comunidad internacional que recibe su legitimación desde los fines de la pena transferibles del derecho penal nacional. El castigo de los crímenes de derecho internacional constituye un mandato de justicia elemental, por lo cual la retribución reclama su lugar en el proceso penal internacional (Werle, 2005, p. 84; Gammer, 2005, p. 39).

Esta premisa conduce al efecto preventivo del derecho penal internacional y, por consiguiente, a la cesación de los hechos antijurídicos contra la humanidad. En este sentido se pronunció el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, estableciendo que la persecución y sanción de los responsables contribuiría a impedir posteriores violaciones de los derechos humanos. Asimismo, la Corte Penal Internacional estableció que el castigo de los responsables de graves crímenes de derecho internacional favorecería la prevención de nuevas infracciones, enfatizando en la prioridad y afirmación en la conciencia internacional de la existencia de la norma (prevención general positiva), además del efecto disuasorio del derecho penal internacional.

En conclusión, el castigo de los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad ha sido considerado históricamente por el derecho internacional como la única manera de fundar un nuevo orden democrático basado en el respeto de los derechos humanos. Al interior del derecho internacional la justicia punitiva, como mecanismo satisfactorio para regular a los enemigos de la humanidad, no admite vacilación ni tensión alguna⁸⁸. A propósito, el jurista español Daniel Pastor afirma que “El poder penal internacional parte,

88 Pastor establece que el derecho penal internacional y su modelo de justicia transicional no sólo constituyen un derecho de excepción, sino también de enemistad (2006, p. 484): “Aparece así la oposición Estado de derecho-Estado de excepción, que es lo que en verdad está detrás del par conceptual ciudadano-enemigo. El estudio teórico de esta oposición histórica, vista con lucidez también como razón jurídica versus razón de Estado”. Según Pastor, el par excepción-enemistad propia de la perspectiva transicional encuentra sus fundamentos filosóficos y políticos en la figura de Thomas Hobbes (1588-1679), quien concibió que aquél que hiciera la guerra al Estado, fuera externo o interno, no era un ciudadano delincuente, sino un enemigo contra el que no valen las reglas del derecho, sino de la fuerza. De ahí que “este abandono del derecho no está permitido contra ciudadanos que no le hacen la guerra al Estado, sino contra enemigos a los cuales se debe hacer la guerra; y en la guerra la espada no distingue, ni tampoco el vencedor, entre culpables e inocentes” (2006, p. 484).

eufórica e insólitamente, de la idea de que la pena es algo maravilloso y no algo peligroso, destructivo, desafortunado y fracasado (aunque siempre inevitable: “amarga necesidad”), que es lo que se piensa de la pena la cultura jurídica moderna (2006, p. 490). Y más adelante agrega:

El Derecho penal, más que como bienvenido instrumento apto para alcanzar cualesquiera fines sociales, debe ser visto como aparato que, si bien, es inevitable, debe ser tratado con desconfianza y cuidado, pues es extremadamente violento, desafortunado e incitador del abuso [...] El sistema penal, entendido tanto en cuanto instrumento para la seguridad individual, como en cuanto reglamento que limita el ejercicio del poder punitivo, es siempre tendencial, esto es, la ley penal no deja de tratar de prevenir homicidios o robos por el hecho de que homicidios y robos son cometidos en gran medida, ni se puede dejar de lado un sistema penal adecuado al Estado de derecho (garantista) porque el denominado “Derecho penal del enemigo” ya lo ha hecho o porque ello parezca apropiado para “combatir” el terrorismo u otros crímenes gravísimos. Si el derecho penal es tendencial no puede ser desmentido por su falta de efectividad, de modo que el “Derecho penal del enemigo” es derecho, como ha dicho Cancio Meliá sólo en el sentido nominal o formal; en el plano material es un “no derecho” que, además, debe dejar de ser derecho también formalmente: debe desaparecer (2006, p. 503-505).

No obstante, en la ficción de la construcción de la vida social regida por el derecho penal se acentúa cada vez más la necesidad de protección mediante el castigo, incluso, de la eliminación de los otros, extraños, extranjeros, enemigos en orden a mantener la paz. No obstante, Pastor advierte que:

Desde el derecho penal no se puede hacer casi nada para evitar la guerra, los atentados suicidas, las masacres o las violaciones masivas de los derechos humanos. Esta tarea corresponde a otras instancias sociales distintas de la pena. Sólo podremos afirmar que, una vez producido un delito, entonces debemos aplicar un Derecho penal liberal, el único posible, a todo sospechoso y a todo autor, quienes deberán ser tratados como imputado y como condenado, y no como amigo ni como enemigo, con independencia de que respeto de ellos se puedan alcanzar o no expresamente las funciones de la pena [...] El principio de última ratio, conocido *characteristicum* del sistema penal, supone que quien acude al Derecho penal para prevenir hechos gravísimos (¡también la comunidad internacional!) antes debe agotar todas las medidas no punitivas posibles para alcanzar el mismo

objetivo. Pero en el caso de guerras y agresiones masivas o suicidas, más que el Derecho penal, que llega tarde y mal, interesa lo que se puede hacer antes, y que no sea penal. Tal como lo ha desarrollado Ferrajoli, siguiendo la notable idea de Habermas acerca de la “política interna del mundo” es preciso no sólo la adopción de medidas de seguridad y castigo frente a las graves amenazas, sino, antes bien, una política del mundo “capaz de afrontar otros problemas vitales del planeta: la pobreza, el hambre, las enfermedades y las guerras que afligen a más de la mitad del género humano” (2006, p. 507-509).

c. Colombia en transición: Tensiones entre el castigo y la impunidad

En Colombia, la búsqueda de un equilibrio político y jurídico de la paz y la guerra en momentos de transición, se torna sumamente compleja, debido a las siguientes razones: a) La intensidad del conflicto expresada en la tendencia a la desaparición de inhibiciones por parte de las guerrillas en el uso de medios indiscriminados de destrucción, para alcanzar su objetivo de toma del poder; b) El crecimiento del paramilitarismo, con la complacencia y el apoyo de sectores importantes de la población y del Estado; c) La dispersión del narcotráfico, enquistado en la sociedad y facilitador de la corrupción que ésta presenta y de la autonomía financiera alcanzada por guerrillas y paramilitares; d) La incapacidad de la fuerza pública para confrontar con eficacia la subversión; e) La proclividad de la fuerza pública a minimizar su responsabilidad frente al paramilitarismo por considerarlo un aliado de facto; f) La injerencia de Estados Unidos mediante la imposición —consentida por el gobierno nacional— de su política represiva y unilateral frente a las drogas; g) La distorsión de la eficacia en la tarea antisubversiva de la fuerza pública, por efecto de la ayuda militar estadounidense enfocada en la lucha contra las drogas; h) El requerimiento firme de la comunidad internacional y de algunos sectores nacionales para mantener los niveles mínimos alcanzados en el ejercicio democrático; i) Las crisis económicas del país, agravadas por las necesidades de ajustes macroeconómicos, apoyos sociales a la población civil víctima de la guerra u una asignación mayor de recursos a la fuerza pública (Leal Buitrago, 2002, p. 71).

Este devenir socio-político hace que la seguridad y la paz adquieran una relevancia plena, ubicándose como los valores supremos de la sociedad colombiana que, alineados con los metarrelatos internacionales de derechos

humanos, seguridad, paz y bienestar, justifican el mantenimiento de un estado de excepción permanente en el país: “[...] en el nuevo escenario, el gobierno central encarna, al mismo tiempo, la decisión de ganar la guerra y el derecho de perdonar” (Chaparro, 2005, p. 236). Dado que el perdón y, al mismo tiempo, la definición del castigo en materia transicional constituyen una excepción dentro del derecho, “justamente el derecho excepcional que la ley otorga al soberano para perdonar supone un derecho que inscribe en las leyes un poder por encima de las leyes” (Chaparro, 2005, p. 236). El perdón de graves crímenes en detrimento de las víctimas se constituye así en la regla del accionar político en Colombia, puesto que el orden estatal es incapaz de conjurar la crisis institucional y, al contrario, la prolonga y la reproduce. Para Chaparro es evidente que las diversas formas de violencia han afectado el funcionamiento del Estado, e incluso han definido sus prioridades durante largos períodos históricos:

En la historia reciente, la conjunción de esas violencias ha terminado por afectar seriamente la soberanía del Estado. En efecto, se puede afirmar que la guerrilla, el paramilitarismo, la corrupción política y administrativa, la delincuencia común y el crimen organizado, todos fenómenos heterogéneos, están conectados entre sí porque forman una misma problemática cuando se los mira desde el funcionamiento normal del Estado de derecho. Más que la simple transgresión de las normas, estos fenómenos han llegado a formar parte del funcionamiento “reactivo” del Estado y de la vida de los colombianos. Entre normalidad y excepcionalidad se ha establecido una dinámica de emulación que los politólogos explican en términos de escalada simétrica. A cada situación de excepcionalidad se corresponde con un dispositivo de control, con determinadas medidas tendientes a restablecer “el orden y la normalidad”. Cuando esa escalada se reproduce por sí misma bajo el efecto de bola de nieve, quiere decir que un país está en guerra civil, o que lo afecta un verdadero conflicto interno” (2005, p. 237-238).

En efecto, la pretensión deliberativa y democrática de un proceso transicional basado en la retribución y la distribución, se torna ineficaz en un país como Colombia, agobiado por la inseguridad, la miseria, la exclusión y, al mismo tiempo, por una sociedad civil permisiva, la mayor de las veces, con los diversos agentes gestores del conflicto, lo que impide un reconocimiento real de los estragos de la guerra. Una transición política bajo este escenario social, reproduce indefinidamente la transacción histórica entre los mismos actores del conflicto, incluyendo al mismo Estado que ha ejecutado o coadyuvado a otros actores en homicidios, masacres, desapariciones, destierros contra el mismo

pueblo que pretexto proteger. Así las cosas, el conflicto colombiano supone por sí mismo una primera *excepción al orden social*, asociada inmediatamente a la segunda *excepción jurídica* derivada de la suspensión de la normalidad del ordenamiento jurídico a causa del proceso transicional, lo que degenera en la tercera *excepción política* en tanto las decisiones superan el marco institucional y normativo con el fin de obtener la armonía y la seguridad.

La única salida para enfrentar dichas situaciones de excepcionalidad que, por lo demás, se han constituido en la regla general, han sido las transiciones, esto es, las negociaciones legitimadas entre los actores del conflicto bajo el pretexto de la paz. En Colombia la excepción es evidente, así como el prolongado proceso de transición hacia la paz y la democracia. De ahí que en el país, el lenguaje de la guerra y la paz, así como los mecanismos excepcionales de los procesos de transición no hayan sido utilizados esporádicamente sino sistemáticamente, como pautas de eficiencia y garantía en los resultados prometidos por el soberano al pueblo que representa (Chaparro, 2005, p. 238).

Pero las consecuencias políticas de las transacciones permanentes entre los guerreros, lejos de preocupar a la sociedad colombiana, parecen más bien reafirmar el poder legislativo y ejecutivo del Estado bajo la promesa de “castigar a los infractores” y “reparar a las víctimas”. No obstante, el ejercicio constante de la transición en el país demuestra la incapacidad del orden jurídico-institucional para construir la paz, porque: a) El Estado colombiano —los grupos y fuerzas sociales que lo sostienen políticamente— es responsable por las violaciones de los derechos humanos cometidas por sus agentes estatales o por particulares en su territorio, en tanto que él mismo ha contribuido, directa e indirectamente, a crear, mantener y sostener estructuras de poder paraestatal o paramilitar que han sido funcionales a la consolidación de un proyecto de acumulación de enormes riquezas y de concentración de la propiedad (Cortés, 2006, p. 108-109); b) El Estado colombiano ha actuado históricamente como una instancia sobrehumana por encima de las víctimas, de los procesos sociales y del mismo derecho internacional. Y este ha sido, justamente, “[...] el recurso para negar a los colombianos el derecho y la responsabilidad de aclarar los términos en que deben elaborar su propia memoria, perdón y olvido, como una manera activa y vigilante de acompañar cualquier procedimiento de verdad, justicia y reparación” (Chaparro, 2005, p. 244); c) En suma, la justicia punitiva como paradigma del modelo transicional requiere, en todo caso, de un Estado legítimo que imponga a los victimarios la sanción por la comisión de crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad, lo cual es completamente ausente en Colombia.

Frente a este uso de la justicia transicional, la justicia restaurativa se torna una opción política y éticamente más viable en el país. A diferencia de la justicia transicional de carácter punitivo, la justicia restaurativa se enmarca dentro de un movimiento más amplio de crítica al carácter represivo y retributivo del derecho penal que, la mayor de las veces, no logra implementarse debido a la simetría de los guerreros y el desconocimiento de las víctimas. La justicia restaurativa se presenta, en cambio, como un modelo alternativo de enfrentamiento del crimen que, a diferencia de la sola idea de retribución o castigo, parte de la importancia que tiene la reconciliación entre víctima y victimario en orden a reparar los lazos sociales. En ese sentido, el modelo restaurativo deja de centrarse en el acto criminal y en su autor, girando la atención hacia la víctima y el daño que le fue ocasionado.

El reconocimiento del sufrimiento de la víctima, la reparación del daño, la restauración de su dignidad son, efectivamente, las finalidades básicas del modelo el cual promueve, más que el castigo al responsable, su reincorporación a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales. La justicia restaurativa pretende, pues, la implementación de prácticas de tratamiento del crimen opuestas a las descritas en el sistema penal, fijando su interés en el futuro y no en el pasado. No obstante, la utilización de la justicia restaurativa en delitos comunes, ésta también ha sido aplicada a procesos transicionales, como en el caso de Sudáfrica, cuando se surtió el proceso de transición del *apartheid* a la democracia.

Sin embargo, algunos autores como Uprimy y Saffón (2005, p. 219) consideran inconveniente la implementación de la justicia restaurativa en Colombia, a partir de las siguientes razones: a) Los tipos de violencia que enfrentan los diversos modelos de justicia retributiva y restaurativa son absolutamente distintos, pues mientras la primera encara graves atrocidades en tiempos de guerra, la segunda opera en tiempos de paz en crímenes de pequeña escala. Por lo tanto, ambos autores afirman que, frente a graves delitos contra la humanidad, no son suficientes ni política ni jurídicamente mecanismos como el perdón y el olvido, que, finalmente, no garantizan el equilibrio de las tensiones entre paz y justicia, ni permiten la superación social de los traumas dejados por las violaciones masivas. b) No existe unanimidad de las víctimas del conflicto respecto a la reconciliación con los victimarios y a la instauración de lazos estrechos de solidaridad y confianza: “si bien es posible pensar que algunos de los actores de la transición estarían dispuestos a esforzarse —como efectivamente lo estuvieron muchas de las víctimas del Apartheid— para materializar estos valores, no parece prácticamente

plausible ni éticamente justificable que se imponga un nivel tan exigente de compromiso en pro de la reconciliación” (p. 219). c) La justicia punitiva, en ciertos contextos, tiene gran potencialidad —incluso superior la del perdón y el olvido— para obtener la reconciliación y para fundar sobre sí las bases de un orden democrático estable, en la medida en que integra de modo fehaciente el reproche social frente a los comportamientos inaceptables de los perpetradores. Según Uprimy y Saffón, en el contexto punitivo las víctimas se encuentran más dispuestas a reconciliarse con sus agresores, una vez hayan pagado por sus afrentas; en cambio, si sus demandas de castigo son negadas o ignoradas, las víctimas serán incapaces de perdonar a sus victimarios (p. 219); d) El proceso de victimización en Colombia es múltiple, lo cual impide afirmar un modelo fundado en los perdones recíprocos, ya que esto impediría que la sociedad civil participara en la concesión o negación de tales perdones.

No obstante los argumentos expuestos, el modelo de justicia restaurativo en relación con la justicia retributiva en períodos de transición, ha generado paulatinamente mayor confianza en el país, ya que: a) El rigor punitivo de los sistemas penales no logra satisfacer ni resarcir a las víctimas en sus derechos: la privación de la libertad, el castigo para el delincuente, no reducen las necesidades o los deseos de las víctimas, quienes esperan, en cambio, el real acceso a la administración de justicia, el conocimiento de la verdad y la restitución; b) El modelo restaurativo se funda en la participación directa de la comunidad y, concretamente, en el diálogo entre los actores directamente involucrados en el crimen, es decir, entre los victimarios y sus víctimas, facilitando así la reconciliación. Según los defensores de este modelo, el proceso restaurativo permite responsabilizar de manera no retributiva al ofensor, de forma tal que éste asume su responsabilidad y repara el daño ocasionado; c) El diálogo entre las víctimas y los victimarios, así como la solicitud y la concesión del perdón entre ellos, promueve la sanación de las heridas sociales ocasionadas por los crímenes atroces, lo cual fortalece la estabilidad y durabilidad del orden social pacífico alcanzado; d) En Colombia, además de los riesgos de excepción derivados de un proceso de justicia transicional y de la ilegitimidad ética del Estado, el modelo restaurativo se asume como el más conveniente dado la horizontalidad del conflicto armado. En términos de Orozco (2005), en procesos “horizontales y bidireccionales” de victimización no es posible establecer con claridad los roles de victimario y víctima; por lo tanto, no existe claridad cognitiva ni moral para determinar las responsabilidades y castigos a los victimarios. La víctima, que es a la vez victimario, deambula en una zona gris que no puede ser claramente aprehendida mediante la lógica binaria de la justicia punitiva y el derecho penal. De este modo, la justicia restaurativa

acompaña los procesos de victimización horizontales, suspendiendo el sistema de justicia retributiva en favor de la reconciliación y el perdón retributivo.

2. La justicia restaurativa: la recuperación del sentido de la comunidad

a. Concepto de justicia restaurativa

La justicia restaurativa es un sistema de justicia penal que intenta subsanar los problemas presentados por las formas retribucionistas o transicionales en las cuales se procura resarcir el daño acaecido por la comisión del delito, a través del castigo impuesto a los individuos o de la negociación. A diferencia del carácter sancionador e individualista de dichos modos de punición, la justicia restaurativa se caracteriza por su posición abolicionista respecto a las formas tradicionales de castigo y, a su vez, restauradora de los vínculos sociales alterados por la transgresión a la ley. Sus fundamentos teóricos se encuentran en las concepciones filosóficas y jurídicas de Aristóteles, Johann Gottlieb Fichte y Georg Wilhelm Friedrich Hegel en torno a la idea de *comunidad*. Al respecto, Honneth (1999, p. 5) advierte que, pese a la ausencia de la noción de comunidad en los debates teóricos acaecidos después de la segunda guerra mundial, y aún más, a las confusiones del término con otros análogos, la discusión sobre el comunitarismo ha resurgido durante los últimos años bajo distintas orientaciones morales, religiosas, políticas, jurídicas. De modo que la comprensión del hombre solitario cuya vida se agota en la conservación de su cuerpo y la defensa de sus intereses egoístas, a través del asesinato, el sojuzgamiento, el destierro y las demás formas de negación de los otros hombres que rememoran la descripción de Hobbes sobre el estado de naturaleza, ha sido rechazada por otros pensadores quienes advierten el carácter social del hombre, cuya vida en comunidad se fundamenta en los sentimientos de amistad, justicia y reconocimiento. Por ejemplo, Aristóteles (1997) distinguía el concepto de *Koinonia* para caracterizar a la sociedad considerada en tanto que comunidad. El filósofo estagirita planteaba ya como unidad más antigua de la sociedad el *oikos*, y la define como una comunidad de marido y mujer, y de relaciones económicas como la de amo y esclavo, la constituida en función del alimento y su distribución cotidiana. Partiendo de allí se da para Aristóteles el paso de la familia a la aldea (*kóme*) y a la ciudad (*pólis*). Estos cruzamientos progresivos entre las distintas formas de asociación, se encuentran fundados en la porción

de amistad y justicia que asegura el vínculo social en su totalidad. Por esta razón, Honneth afirma que en Aristóteles “resulta prácticamente indiferente utilizar los términos ‘comunidad’ o ‘sociedad’”, por cuanto el concepto de *Koinonia* “comprende tanto los distintos tipos de agrupaciones humanas basadas en algún acuerdo (promesa, contrato) como también las originarias formas ‘naturales’ de la vida en común dentro del ámbito doméstico, vecinal o étnico proporción de ‘amistad’ y ‘justicia’” (1999, p. 6). Pese a los distintos progresos sociales, la noción aristotélica de *Koinonia* continúa predominando en el pensamiento del *tardoclasismo* y del medioevo cristiano, toda vez que sigue siendo el sinónimo de *societas* o *communitas* para referirse a todas las formas de asociación donde los hombres se reúnen para la consecución conjunta de sus intereses o en aras de un vínculo emocional.

No obstante los desarrollos precedentes, la modernidad política excluye la noción de sociedad o comunidad y sus formas de agrupación (corporaciones, congregaciones, sociedades mercantiles), presentándolas como organizaciones secundarias al ordenamiento estatal, el cual se configura bajo la forma del contrato, como ocurre en Hobbes y en Spinoza. Posteriormente, John Locke fija con precisión el concepto de sociedad, asignándole la función de seguridad de la vida y del patrimonio de las sociedades. Esta reflexión se prolonga en los desarrollos de Rousseau, quien intenta clarificar la noción de sociedad con independencia del término comunidad. En palabras de Honneth (1999, p. 7), Rousseau distingue la sociedad civil como una forma de organización que se constituye bajo el contrato social donde los ciudadanos deciden, mediante un acto colectivo de conversión moral, fundar una república organizada jurídicamente. Por su parte, Kant define el Estado de derecho a partir de la idea práctica de una unidad soberana cuya máxima fuente es la ley, la cual permite limitar la libertad del individuo respecto a los demás. Finalmente, Fichte delinea la división conceptual entre sociedad y Estado, estableciendo que la primera representa ese agregado de individuos racionales que se encuentra habilitado para fundar “un ordenamiento jurídico regulado públicamente al margen de la fuerza” (Honneth, 1999, p. 7). Pese a las diferencias y alcances entre las perspectivas y autores mencionados, Honneth advierte que en todas ellas subyace la idea según la cual la sociedad requiere de ciertos elementos prepolíticos, ya sean culturales, morales o religiosos, que aseguren la convivencia entre los hombres. En suma, el filósofo alemán define la sociedad moderna como:

una unión social conforme al prototipo de la ‘comunidad’: mientras que los individuos se atienen por ello al comportamiento jurídico de la sociedad, de

tal modo que persiguen recíprocamente sus intereses o fines establecidos, se ven mutuamente vinculados en las asociaciones familiares, vecinales y étnicas que van formándose merced a lazos prerracionales, como aquellos que nacen a partir del afecto, de los usos y de las interdependencias (Honneth, 1999, p. 8).

Según Honneth, esta forma de socialización se corresponde con los desarrollos de Edmund Burke, quien diferencia la asociación que se ha formado mediante la consecución y la armonización de intereses comunes de aquella relación meramente contractual, lo que permite entender, a su vez, la noción de *vínculo social*, o lo que es lo mismo, de *comunidad*. Empero este término resurge con mayor importancia y precisión en la obra de Hegel, quien distingue tres esferas de asociación humana, a saber: la familia, donde las relaciones entre los miembros se basan en el amor mutuo; la sociedad civil, cuyos vínculos entre los sujetos económicos se fundamentan en la libertad negativa propia de las relaciones contractuales; y finalmente, el Estado, basado en el compromiso compartido de los individuos por la conquista de un fin superior (Honneth, 1999, p. 9). Sin embargo, Honneth advierte en la obra hegeliana una ambigüedad referida al uso de los conceptos de sociedad y comunidad, por cuanto no aparecen sistemáticamente diferenciados. Pese a esta dualidad, Hegel avanzó en la pregunta fundamental del debate filosófico-jurídico aún vigente en torno a la comunidad, que ha influenciado de modo determinante las concepciones comunitaristas que actualmente se abren paso en el campo de la filosofía social y política, incluido el mismo Honneth.

Bajo este entendido de la comunidad como un agregado de intereses comunes se forma, justamente, el término de justicia restaurativa entendida como el encuentro entre los miembros de la comunidad en aras de discutir y decidir sobre las formas de sanción y restauración de los daños producidos por el delito respecto al ofensor, la víctima y la comunidad: “La justicia restaurativa está preocupada fundamentalmente por restaurar relaciones sociales, con establecer o restablecer la igualdad social en las relaciones. Es decir, relaciones en que los derechos de una persona a la dignidad y el respeto en condiciones iguales sean satisfechos” (Llewellyn & Howse; citado por Escobar, 2006, p. 156). Por esta razón, distintos autores destacan el carácter comunitarista de la justicia restaurativa, en tanto fortalece a la comunidad y sus valores, así como los vínculos sociales entre los sujetos que la componen. En palabras de Escobar (2006), la noción de justicia restaurativa es aún hoy novedosa y, por lo tanto, maleable, pues una definición clara y precisa de dicha noción es aún hoy inexistente (Van Ness, 2003, p. 166; Von Hirsch, Ashworth, Shearing, 2003,

p. 22-23). Esta vaguedad genera, por supuesto, importantes consecuencias, toda vez que existe el riesgo de que la justicia restaurativa se devalúe al no respetar los principios o los estándares característicos de las teorías, derivando en una puesta en funcionamiento compleja, ineficaz e irregular (. Kurki, 2003, p. 303).

No obstante las distintas definiciones sobre dicho término, la víctima sobresale como eje del proceso, además del diálogo, el balance y el rol activo y penitente de los victimarios (Escobar, 2006, p. 155). La comisión de expertos reunida por las Naciones Unidas, distinguió entre los conceptos de proceso y resultado restaurativo, así: Sobre el primero, el documento dijo que era todo proceso en que la víctima, 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. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias. Sobre el segundo, el 'resultado restaurativo', la Comisión dijo que consistía en 'un acuerdo alcanzado como consecuencia de un proceso restaurativo'. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente (Escobar, 2006, p. 155).

En este sentido, la justicia restaurativa se entiende como un *sistema de justicia penal enfocado en las víctimas*, por lo cual se ha interpretado como un complemento de la justicia retributiva (régimen penal tradicional) que se aplica una vez se haya cometido un delito o se haya causado un daño, y con el fin de restaurar a los ofendidos y a la comunidad. Parker sintetiza el propósito del resultado restaurativo como

la oportunidad a los transgresores de arreglar las cosas de manera proactiva. En procesos penales, la justicia restaurativa les pide a los transgresores que confronten su responsabilidad por sus malas acciones enfrentando a la víctima, de tal manera que entre ellos decidan cómo arreglar el mal, por ejemplo, pagando una restitución en dinero o prestándole algún servicio a la comunidad. El fin es no sólo darle una mejor cura y una mejor sanación a la víctima de lo que le ofrecen el encarcelamiento o una multa, sino también ayudar a transformar al transgresor en una persona que en el futuro cumpla

la ley, y que asista a las comunidades a ser más justas y compasivas (citado por Escobar, 2006, p. 156).

En estos casos, el Estado autoriza la utilización de mecanismos alternativos en aras a facilitar la comunicación entre las víctimas y los ofensores mediante la presencia de un tercero o facilitador, con el propósito de que el ofensor se responsabilice de manera voluntaria de sus actuaciones y, por consiguiente, reconozca el daño ocasionado al otro, y asimismo, de que la víctima pueda exponer sus sentimientos de dolor y pérdida y, en consecuencia, pueda superar el momento traumático vivido⁸⁹. Finalmente, el proceso restaurativo permite que la comunidad admita tanto a la víctima como al victimario en virtud de lograr la efectiva reintegración, reconciliación, comunicación y reparación individual y colectiva. La justicia restaurativa hace uso, entonces, de la conciliación o la mediación en aras de obtener la verdad, la justicia y la reparación en cada caso. En suma, el proceso restaurativo pretende modificar la posición del ofensor frente al daño cometido con el fin de que se asuma como un sujeto responsable respecto a las consecuencias generadas en la víctima y la comunidad. El victimario rectifica su posición mediante la comprensión del dolor del otro, transformando así la situación lesiva y, por supuesto, evitando su reincidencia delictiva en el futuro.

En este orden de ideas, la justicia restaurativa persigue la resolución de conflictos mediante el reconocimiento y la reintegración de la víctima y el victimario a la misma comunidad, lo cual implica que el ofensor transforme su subjetividad, repare pecuniaria y moralmente a la víctima, además de reivindicar su dignidad, asumiendo su responsabilidad por los daños causados. Por esta razón, la justicia restaurativa es distinta a la justicia transicional, puesto que las finalidades de una y otra son completamente diferentes: mientras ésta última procura la consecución de una paz política mediante el castigo o la clemencia a los victimarios, quienes han transado previamente con el Estado las fórmulas, modalidades y resultados de la transición, la justicia restaurativa tiene como eje a la víctima respecto a la cual procura la obtención de una justicia entendida

89 En el proceso restaurativo intervienen, especialmente, la víctima entendida como aquella que individual o colectivamente ha sufrido daños directos o indirectos, bien sean corporales o psíquicos, bien sean emocionales o financieros; y el victimario entendido como aquella persona que ha causado un daño a la víctima. Asimismo participa la comunidad o el colectivo social del cual hacen parte la víctima y el victimario. El proceso cuenta con la ayuda de un facilitador en aras de resolver el conflicto entre las partes, obteniendo los resultados restaurativos, a saber la verdad, la justicia, la reparación, la sanación de las heridas causadas, el perdón y la reintegración a la comunidad.

como responsabilidad, el logro de una verdad como construcción colectiva y una reparación que avanza más allá del contenido meramente económico. En Colombia, la Justicia Restaurativa se consagró en el artículo 518 del Código de Procedimiento Penal, que la define “como todo proceso en que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador”. Asimismo, la regla establece que el resultado restaurativo es “el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad”.

b. Antecedentes históricos de la justicia restaurativa

Según sostienen algunos teóricos, el término justicia restaurativa fue acuñado por el psicólogo Albert Eglash en 1958, en el marco de sus trabajos de rehabilitación con población carcelaria (Van Ness y Heetderks Strong, 2010, p. 21-22). Sin embargo, en el campo jurídico se le atribuye al criminólogo menonita Howard Zehr, cuyos escritos fueron pioneros en el tema en la década de 1970. Ya en este autor, se reconoce un rasgo importante del concepto, a saber: El hecho de estar asociado desde su surgimiento con prácticas de justicia propias de comunidades ancestrales y comunidades de fe. En especial, la influencia de los protestantes menonitas ha sido muy importante en la historia y evolución del concepto, que preserva así connotaciones religiosas importantes que hay que tener presentes para entender el alcance de la justicia pretendida por las teorías restaurativas.

Las comunidades indígenas y la jurisdicción especial indígena

La justicia indígena constituye un referente obligado para la comprensión y la práctica de la justicia restaurativa. En la literatura existente se alude con frecuencia a los modos, los usos y las costumbres comunitaristas de algunos pueblos nativos como los maoríes en Nueva Zelanda, además de otras tribus situadas en Canadá y Estados Unidos. Estos colectivos han constituido tradicionalmente distintos mecanismos comunitarios de resolución de conflictos donde la deliberación y la decisión definitiva sobre la imposición del castigo al infractor pertenece exclusivamente a la tribu. En otras palabras, el ofensor, en cuanto parte integrante de la misma comunidad, es sustraído de

la punición estatal y sus modos de reclusión carcelaria, ya que ello lesionaría gravemente los intereses y la estabilidad del grupo, pues la administración comunitaria de la justicia conduce a la reparación del daño individual y colectiva los integrantes de la comunidad, así como a la rehabilitación del infractor en orden a restablecer los lazos entre el autor del delito, la víctima y el colectivo. En América Latina, la situación es análoga en algunos pueblos indígenas, puesto que las comunidades también cuentan con mecanismos ancestrales para la resolución de los conflictos, los cuales se han mantenido de generación en generación en virtud de la tradición oral.

En Colombia, la constitución y la jurisprudencia constitucional reconocen la jurisdicción especial indígena mediante la cual las comunidades indígenas pueden administrar justicia conforme a sus propias normas y procedimientos, tal como se encuentra consagrado en el artículo 246 de la constitución política⁹⁰ y los artículos 8° y 9° del convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁹¹. Asimismo, la Corte Constitucional ha reiterado en múltiples decisiones judiciales que la jurisdicción indígena no se encuentra supeditada a ninguna norma legal o reglamentaria, puesto que su máxima fuente normativa es el estatuto superior. En la sentencia T-921 de 2013, la Corte Constitucional insistió en los cuatro elementos que componen la administración de justicia indígena, los cuales conforman a su vez los límites

90 Artículo 246: "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional".

91 Convenio OIT Nro. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989):
Artículo 8:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9:

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

al poder jurisdiccional del Estado sobre dichos pueblos: a) La existencia de autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas; b) La competencia de las comunidades indígenas para establecer normas y procedimientos propios de justicia; c) La sujeción de la jurisdicción indígena a la constitución y la ley; d) La competencia del legislador para señalar la forma de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y las autoridades judiciales nacionales. Los dos primeros literales constituyen claramente el núcleo de la autonomía de las comunidades indígenas para administrar justicia, mientras los dos últimos señalan expresamente los mecanismos de coordinación entre los ordenamientos jurídicos indígenas y el ordenamiento nacional, en aras de hacer efectivo el principio de la pluralidad al interior de la unidad nacional, tal como se encuentra consagrado en el artículo 1° de la constitución: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

Metodistas, cuáqueros y la sociedad del comportamiento en Inglaterra

Como quedó dicho, la justicia restaurativa pretende resolver el conflicto, restableciendo la armonía perturbada por el hecho delictivo, a través del acuerdo entre el victimario, la víctima y el colectivo. Esta comprensión cobra un antecedente importante en Inglaterra durante la segunda mitad del siglo XVIII, donde se formaron ciertos grupos religiosos y laicos para administrar justicia, sustrayéndose del sistema punitivo real, tan cruel como sanguinario, y hacer prevalecer la paz al interior de la comunidad. Por supuesto, estos grupos carecían de cualquier autorización o delegación real. Las sociedades organizadas resistían al uso de la violencia por parte del poder real, a través de la organización y la administración del conjunto social mediante un sistema de prohibiciones y penalidades autónomas sobre la embriaguez, la prostitución, el robo, y en general, todo aquello que pudiese conducir al patíbulo, justificar los ataques y legitimar la destrucción del grupo por parte del orden estatal.

En suma, las organizaciones se esforzaban por evitar cualquier injerencia del poder estatal y sus gendarmes en las comunidades. Dichos colectivos estaban conformados, en principio, por religiosos disidentes del anglicanismo agrupados bajo los movimientos de los metodistas y los cuáqueros, quienes

asistían a aquellos que carecían de medios de subsistencia por no poder trabajar, ya fuera a causa de la vejez o de la enfermedad. No obstante, estos grupos religiosos también observaban las causas de la miseria, identificando si sus causas eran naturales debido a la exclusión social, o voluntarias en razón del libertinaje, la embriaguez o el vicio. En este último caso, los religiosos implementaban los correctivos necesarios sobre el individuo en aras de evitar su reincidencia y, por consiguiente, la intervención del rey.

Al lado de estas comunidades, se crearon unas sociedades conformadas por laicos bajo el nombre de *sociedad del comportamiento*, cuyos adeptos se propagaron considerablemente en Inglaterra e Irlanda. Esta sociedad proponía reformar los comportamientos mediante el establecimiento de ciertas reglas de prohibición referidas al juego, las borracheras, la prostitución, el adulterio, la circulación de libros licenciosos, así como la implementación de algunas acciones judiciales contra la literatura obscena, las casas de juego, los prostíbulos.

El caso Yantzi en Canadá

A mediados de la década de 1970, en Ontario (Canadá), Mark Yantzi, miembro de una secta menonita, actuó como delegado voluntario en el proceso contra dos jóvenes acusados de vandalismo, considerando que en este caso debía prescindirse del castigo tradicional, ya que los infractores debían asumir realmente sus responsabilidades por la comisión del delito y la reparación personal por los daños causados a las víctimas. Este caso sirvió de modelo para el primer programa canadiense de reconciliación delincuente-víctima en 1976, el cual fue replicado en Indiana en 1978. Las primeras experiencias restaurativas basadas en el caso Yantzi, iniciaron en Canadá y Estados Unidos durante 1972, bajo el esquema de alternatividad penal aplicado en el derecho penal juvenil, y contaron con la presencia decisiva de los menonitas y los cuáqueros.

El movimiento de víctimas en Norteamérica

Durante los años sesenta surgió el movimiento de víctimas en Norteamérica, el cual exigía el reconocimiento del ofendido en el proceso penal retributivo. Hasta entonces, el ente acusador concentraba el protagonismo en el trámite judicial, sustituyendo a las víctimas reales que habían sufrido un daño en sus

bienes e intereses. Según el movimiento, el sufrimiento causado a los ofendidos por la comisión del delito no admitía, en ningún caso, la presencia única de la Fiscalía que, por lo demás, se interesaba únicamente en las políticas eficientistas del sistema judicial mediante la celebración de numerosos acuerdos con el victimarios para obtener su confesión y rebajas de penas, lo cual permitía la terminación anticipada del proceso y, por lo tanto, la reducción de los costos públicos. Las negociaciones entre el ente acusador y el ofensor se realizaban a pesar de las demandas de las víctimas, quienes era silenciadas, neutralizadas, cosificadas como un mero objeto de prueba, ya que servían únicamente para demostrar el hecho criminal. En efecto, la víctima era disminuida a un mero objeto de la prueba en el proceso penal retributivo, ya que se concebía al delito como una transgresión al orden estatal y, en modo alguno, como un daño al hombre de carne y hueso, lo que demuestra que el sistema retributivo penal defiende el monopolio sancionatorio del Estado, con independencia de las afectaciones de las víctimas. Por esta razón, el movimiento de víctimas insiste en el protagonismo de las mismas en la solución del conflicto y la reparación del daño. Aquí se enfatiza en el ofendido y no ya en el ofensor, quien ha ocupado históricamente el lugar de mayor importancia en el esquema retributivo. El colectivo avanza aún más para mejorar la situación de las víctimas en la justicia penal, criticando los efectos de los programas de compensación económica por parte del gobierno a las víctimas al considerarlos insuficientes, así como la ausencia de la reparación de los daños a cargo del ofensor. Del mismo modo, el movimiento desarrolla una serie de iniciativas dirigidas a aliviar la situación psicológica y asistencial del ofendido en el proceso penal. En suma, el esquema restaurativo permite que la víctima abandone el papel que otrora había cumplido en el proceso penal retributivo, pasando de ser un mero objeto del fiscal, quien concentraba un poder hegemónico en el proceso, a constituir una parte integrante del mismo.

El movimiento abolicionista

El movimiento abolicionista se desarrolló principalmente en Noruega, Suecia, Dinamarca y Holanda, y sus representantes más notables son Louk Huslman, Nils Christie y Thomas Mathiesen, quienes criticaron severamente el sistema penal retributivo, haciendo uso de distintos elementos del cristianismo, el neoliberalismo, el anarquismo, el materialismo marxista y el estructuralismo. Este movimiento también objeta las teorías resocializadoras del sistema retributivo, proponiendo, en cambio, la reducción e, incluso, la desaparición del poder coercitivo estatal. Aún más, los abolicionistas niegan la

legitimación misma del modelo punitivo, dada su ineficacia como estructura de control social. Bajo este examen, surge el *derecho penal mínimo*, el cual advierte la falacia jurídica según la cual el sistema punitivo se aplica del mismo modo para todos los ciudadanos, toda vez que el estatuto de criminalidad se distribuye irregularmente entre los individuos dependiendo de su escala social, política, económica, cultural. Finalmente, el movimiento abolicionista insiste en que la tutela judicial es independiente del daño social, pues algunos delitos políticos, económicos, ambientales permanecen en la impunidad.

En efecto, el proceso retributivo empieza mediante la selección de la criminalidad por parte del legislador, selecciona los bienes protegidos y los comportamientos lesivos, privilegiando, la mayor de las veces, los intereses de las clases dominantes y, por consiguiente, tipificando aquellas conductas de las clases inferiores. Posteriormente, en la etapa de aplicación punitiva, la policía y los demás agentes de prevención estatal dirigen sus acciones de vigilancia, control y seguridad contra los niveles más bajos de la escala social estereotipada. Finalmente, en el proceso de ejecución de la pena o medidas de seguridad, la imputación y el castigo se dirige a la población mPor estas razones a o de marginalizacipunidad. cionista insiste en que iudadanos, ya que el estatuto de criminalidad se distribuás pobre que ha incurrido en la criminalidad. Este proceso punitivo de marginalización social se agrava aún más gracias a múltiples factores derivados de la ilegitimidad institucional de los aparatos de coerción, la falta de operatividad de la justicia penal, el formalismo del proceso penal, entre otros. Por estas razones, el abolicionismo propone eliminar la totalidad del sistema penal, puesto que lo considera un “control social punitivo institucionalizado” basado en la persecución y la sanción punitiva y económica de los ofensores, haciendo del sistema un mascarón de la fuerza y el interés privado.

En el mismo sentido, Larrauri (2004) critica la apropiación estatal del conflicto penal y, por supuesto, el desconocimiento de la víctima en la resolución del mismo, propiciando una mirada diferente del proceso penal, así como de los mecanismos para afrontarlo. En efecto, la criminóloga española advierte sobre la necesidad de concebir otras formas de punición distintas al castigo y la amenaza de la prisión, en aras de resolver el conflicto penal y favorecer control social, haciendo uso de los mecanismos restaurativos y autocompositivos como la mediación y la conciliación. De este modo, Larrauri agrupa el abolicionismo y la victimología como las dos fuentes de la justicia restaurativa, ya que una y otra critican la prisión como único mecanismo sancionatorio, proponiendo, en cambio, otras formas de punición. No obstante, la justicia restaurativa enfatiza

principalmente en la reparación de la víctima, ya sea a través de la petición de disculpas por parte del ofensor, ya sea a través de la reparación económica y simbólica, ya sea a través del trabajo del ofensor en beneficio de la comunidad. En todo caso, el sistema restaurativo defiende sus posturas sobre la resolución del conflicto dialogado, puesto que permite considerar penas distintas a la prisión, además de reparar a la víctima y restaurar los lazos comunitarios.

c. Los principios de la justicia restaurativa

Proceso dialogado

A diferencia del sistema penal tradicional, la justicia restaurativa se caracteriza porque promueve un *diálogo* entre el ofensor y el ofendido por la comisión de un hecho delictivo, con el fin de lograr la reparación del daño. Por esta razón, las preguntas cardinales del diálogo giran en torno a la afectación y sus modos de restauración: ¿Cuál es el daño? ¿Qué debe hacerse para repararlo? ¿Quién es el responsable de hacerlo? El diálogo reporta, pues, efectos positivos para las víctimas, ya que éstas pueden expresar directa y personalmente sus sentimientos de ira, miedo o angustia respecto al infractor. En este punto, Bottoms (2003) advierte que bajo este esquema de justicia, el daño cobra mayor visibilidad puesto que participa la persona afectada. Adicionalmente, el diálogo permite que el infractor asuma su responsabilidad respecto al delito, y perciba el proceso más justo, lo cual permite su disposición permanente en relación con la reparación. En definitiva, el proceso dialogado se basa en un tipo de razonamiento moral que reduce la reincidencia de las personas y aumenta la confianza en la comunidad.

El diálogo también permite la participación entendida como el valor democrático por excelencia. A propósito, Braithwaite afirma que el sistema penal occidental ha sido en general corrosivo para la democracia participativa, a pesar de la institución del jurado. La justicia restauradora es justicia deliberativa; es la gente que delibera sobre las consecuencias de los delitos, cómo tratarlos y prevenir su repetición (1998, p. 329).

Uprimy (2005) coincide con esta opinión al afirmar que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos acercan la justicia a los criterios populares de equidad y participación democrática, los cuales restituyen, efectivamente, la confianza de las personas y las comunidades respecto a la

resolución de sus controversias. En el mismo sentido, la Corte Constitucional afirmó en la sentencia C-893 de 2001, que los mecanismos alternativos de solución de conflictos constituyen una forma de participación real de la sociedad civil en los asuntos que los afectan, tal como se encuentra consagrado en el preámbulo de la constitución política. Bajo estas consideraciones, la justicia restaurativa tiene un carácter marcadamente democrático, ya que genera espacios de participación de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional, evitando así la emergencia prolongada de los conflictos al interior de la sociedad, y fortaleciendo además la legitimidad del aparato de justicia estatal en la medida en que éste puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social.

Según Uprimy (2005), la justicia restaurativa también permite entender el conflicto desde una perspectiva diferente al considerarlo como un asunto de resolución dialogada mediante el encuentro, lo que permite, a su vez, fortalecer una concepción democrática de las controversias entendidas como un espacio de divergencias que pueden ser dirimidas y resueltas pacíficamente. Esta comprensión del conflicto genera una mayor participación social, al tiempo que permiten construir una democracia deliberativa y pluralista basada en la paz. Por supuesto, la paz y la democracia no suponen, en modo alguno, la erradicación del conflicto, sino, en palabras de Estanislao Zuleta (1994), la construcción de “un espacio social y legal en el cual los conflictos puedan manifestarse y desarrollarse, sin que la oposición al otro conduzca a la supresión del otro, matándolo, reduciéndolo a la impotencia o silenciándolo”. Estas consideraciones permiten fortalecer una visión positiva de la democracia libre de las enemistades sociales que generan la violencia, entendiendo, en cambio, los conflictos como una fuente insustituible de riqueza y diversidad. En el mismo sentido, Hirshman (1994) advierte que la integración social en la democracia se logra mediante el reconocimiento del conflicto, ya que los lazos comunitarios se refuerzan justamente en virtud de la confrontación y el acuerdo negociado respecto a los intereses en disputa. Esta posibilidad negociada recibe el nombre de *milagro democrático* (Hirshman, 1994), puesto que el conflicto, en lugar de constituirse en un elemento de desagregación comunitaria que obstaculiza temporalmente la cooperación social, pasa a conformar el núcleo central de la sociedad democrática pluralista, ya que las personas entienden que los conflictos pueden ser resueltos pacíficamente, haciendo uso de la autonomía y la solidaridad.

La participación de las partes

La justicia restaurativa contempla la participación de las partes involucradas en el suceso delictivo, a saber: el infractor, la víctima y la comunidad. La ampliación de los participantes en el proceso genera beneficios importantes para la víctima y el infractor, puesto que se sienten apoyados por la presencia de las *comunidades de cuidado* (“*community of care*”), las cuales posibilitan un control del infractor en orden a disminuir la reincidencia en el delito. No obstante, la inclusión de la comunidad en los procesos de justicia restaurativa genera una serie de problemas prácticos, ya que no existe precisión en torno a quiénes conforman esa “comunidad”: algunas veces la comunidad está conformada por la familia o los amigos del infractor y la víctima; en otras ocasiones por las personas que ocupan una zona geográfica determinada. Por lo tanto, cabe preguntar: ¿Quién es exactamente la comunidad? ¿Qué sucede cuando la comunidad que participa en un proceso restaurativo tiene valores distintos a los consagrados en la constitución y la ley? Ahora bien, la indeterminación de la noción de comunidad también comporta efectos importantes respecto a la medición de la satisfacción o restauración, ya que ésta depende exclusivamente del sentimiento comunitario de la justicia y la solidaridad en un caso determinado (Larrauri, 2004; Bottoms, 2003).

El resultado restaurativo

La reparación simbólica o material de la víctima y la comunidad afectada, así como la reintegración del infractor a la misma, constituyen los efectos predominantes del proceso restaurativo. La víctima debe ser reparada mediante el acuerdo. En principio, algunos partidarios de la justicia restaurativa proponen la presentación de disculpas por parte del infractor a la víctima como una medida de resarcimiento. Y aunque las disculpas son consideradas como algo menor en materia de reparación, resulta innegable su carácter social y restaurador: las disculpas no anulan el daño infligido; empero el dolor y el arrepentimiento de la disculpa sincera (frecuentemente una cuestión difícil de expresar para el ofensor), seguido del difícil acto de perdonar (quizás de forma indecisa) por la persona dañada, tienen el poder de efectuar una transformación social. Además de la disculpa, el acuerdo de reparación también incluye la compensación económica o el trabajo social acordado entre la víctima y el infractor. Aquí se enfatiza en que la víctima se sienta reparada, ya sea por las disculpas, ya sea por la efectividad del acuerdo reparador, ya que el objetivo de la justicia restauradora consiste, precisamente, en obtener

la satisfacción de las víctimas. El infractor, por su parte, asume su deber de reparación y rehabilitación, toda vez que la justicia restaurativa propende por suministrar los servicios de tratamiento, aprendizaje y ocupación para permitir la reintegración del infractor en la comunidad. Del mismo modo, los acuerdos pueden adoptarse para restaurar la comunidad, lo cual no deja de ser ambiguo y complejo debido a la indeterminación de la misma. No obstante, Braithwaite (1998) expone algunos ejemplos en los cuales la justicia restauradora permite reconstruir microcomunidades, aludiendo a distintas prácticas en las escuelas, el trabajo, o los barrios.

Conclusión

Las víctimas en la esfera del reconocimiento

Los modelos punitivos retributivos y transicionales revelan las imperfecciones, los desaciertos y las impotencias del derecho para hacer justicia y mantener la armonía social. La idea según la cual la pena sirve para redimir al culpable, y, por consiguiente, evitar su reincidencia en la acción delictiva, es propia de ciertos períodos históricos en los que el absolutismo o el liberalismo fundamentaba la organización social a partir de la división entre amigos y enemigos, ciudadanos y extranjeros, normales y anormales, pero, en ningún caso, se corresponde con el orden democrático en el cual el reconocimiento de cada uno constituye el núcleo central de la interacción social. De ahí que resulte equivocado considerar que la justicia retributiva logre por sí misma la paz o la reconciliación, pues solo busca el castigo. Del mismo modo, la justicia transicional resulta ineficaz en la imposición de sanciones ejemplarizantes respecto a crímenes de gran intensidad, y tampoco propende por la sanación de las heridas, ya que su finalidad reside únicamente en el establecimiento de la paz mediante la negociación entre los actores armados.

Empero bajo las nuevas formas de organización social democrática, se proscribe el tratamiento excluyente y degradante al infractor y la víctima por parte del aparato represivo, al tiempo que se exige la prevención del delito mediante la creación de mecanismos comunicativos basados en el diálogo, la solidaridad y el reconocimiento de unos respecto a los demás. La práctica judicial ha demostrado que los conflictos no se superan en modo alguno mediante la aplicación de los mecanismos represores del orden punitivo estatal sobre los individuos, sino en virtud de la comprensión efectiva de las causas del

delito y las afectaciones causadas por el mismo. La apropiación del conflicto por parte del aparato estatal punitivo y sus autoridades prolonga la venganza mediante el ejercicio estatal de la retribución, la cual asume su forma en la definición e imposición de sanciones punitivas, la selección y la marginación penal de ciertos sectores sociales y las severas condiciones penitenciarias que hacen morir a cierta clase de individuos mediante el hacinamiento, el hambre, el frío y la violencia propia de las colonias penitenciarias. El sistema penal retributivo ejerce *violencia* sobre ciertas esferas de la colectividad, diferenciadas en virtud de los prejuicios sociales, económicos, culturales. Por su parte, las formas de resistencia respecto a ese poder sancionatorio se sitúan, justamente, en la misma sociedad que apela a otras formas más autónomas y solidarias de justicia. En este sentido, el reconocimiento de la dignidad del ofensor y el ofendido, así como la restauración de los lazos comunitarios, constituyen los elementos *sine qua non* de la democracia y, particularmente, de la justicia restaurativa. Bajo este esquema, resulta claro que la reintegración del culpable a la vida social se torna completamente incompatible con la privación de la libertad: Educar para la libertad en condiciones de represión constituye una especie de cuadratura del círculo, de difícil solución. Por lo tanto, el modelo restaurativo se esfuerza por encontrar otras alternativas sancionatorias distintas al encierro intramural, ya que las mismas estigmatizan, excluyen, desocializan al infractor ahora privado de todos los contactos íntimos y sociales, o lo que es lo mismo, separado del mundo en el que ha “fracasado”, y el cual sigue su curso conforme a sus propias leyes. Esta búsqueda permite transformar las dinámicas y los efectos propios de la sanción punitiva, redimensionando, en cambio, la dignidad y el reconocimiento del infractor, ya que los establecimientos carcelarios constituyen, la mayor de la veces, oprobiosos depósitos de hombres y mujeres degradados en su condición, lo cual envilece aún más la potestad punitiva del Estado que asume la forma de un gran aparato reproductor de delincuencia. En efecto, la práctica demuestra que la reintegración social del ofensor mediante el sistema penitenciario reduce ampliamente las expectativas de resocialización y, por lo tanto, de restauración de los derechos de la víctima y la comunidad. En suma, la justicia restaurativa persevera en encontrar formas sustitutivas de la pena, a fin de satisfacer efectivamente la función socializadora de la pena y, por consiguiente, las necesidades de la víctima.

A diferencia de los modelos retributivos y transicionales, la justicia restaurativa permite visualizar en la esfera pública un actor que hasta ahora era invisible: las víctimas, quienes exigen ahora ser reconocidas al interior del proceso penal y social. Hablar de víctimas es también hablar del tipo de sociedad que se tiene y su fragmentación, así como del tipo de régimen

político declarado con sus fragilidades e imposibilidades y, por supuesto, de las repuestas y las acciones jurídicas y éticas que implican las preguntas y los desafíos de este nuevo actor. Las víctimas son algo más que una especie de seres humanos dispuestos para la exclusión mediante el olvido, la indiferencia, el desconocimiento, ya que representan una voz que exige o declara públicamente el reconocimiento y la satisfacción de sus derechos menospreciados por la comisión del delito.

En Colombia, las víctimas constituyen permiten entender las causas y los efectos procesales de la violencia de la función de una masa innumerable, cuyas narrativas permiten comprender lo ocurrido y, adicionalmente, permiten significar la experiencia del conflicto derivado de la comisión del delito y sus formas de resolución. Y sin embargo, los ofendidos siguen siendo desconocidos e, incluso, despreciados por el orden punitivo que, pese a los esfuerzos, prefieren la indiferencia y el olvido, así como la mera negociación de la sanción en orden a concluir anticipadamente el proceso.

La justicia restaurativa permite construir, al mismo, y sin ninguna dilación, una teoría de la justicia, a partir de la presencia de los victimarios, las víctimas y la comunidad. Esta comprensión de justicia tiene que verse, justamente, con las experiencias de las personas, quienes permiten entender las causas y los efectos de los homicidios, las torturas y las desapariciones, pero también de la apropiación violenta de los territorios, la extracción de los recursos, entre otros delitos. Hacer justicia a las víctimas implica, al mismo tiempo, reconocer los pliegues del daño, es decir, las múltiples injusticias y afectaciones que se han producido respecto a ellas, y, por supuesto, que se siguen cometiendo. Para entender las distintas capas del daño es preciso tener en cuenta que la presencia de las víctimas en el proceso restaurativo es absolutamente necesaria mientras el concepto de justicia integre la sanación de las heridas infligidas al cuerpo entero de la sociedad. Hay que distinguir, por supuesto, el daño físico de otros daños que trascienden a lo corporal y alcanza la dignidad y la ciudadanía, es decir, que cuestionan la propia condición humana y la pertenencia a una comunidad política en aras de transformar dichas afectaciones mediante la intervención del victimario y la comunidad. El daño físico es más visible, reconocible y tangible que el daño espiritual, el cual es, por lo mismo, más opaco, difuso, invisible, lo que exige una actitud social más vigilante y atenta respecto a las víctimas, quienes continúan sometidas aún hoy a un proceso de degradación mediante el olvido y la indiferencia no sólo jurídico-estatal, sino también social. La degradación de la víctima y el desconocimiento de su rol jurídico-político implica la extensión histórica de su afectación.

Por lo tanto, las víctimas constituyen la piedra angular de las discusiones públicas en torno a la justicia restaurativa, o lo que es lo mismo, sobre las dinámicas políticas, jurídicas, éticas y morales de las sociedades actuales. Por tanto, uno de los imperativos de la justicia respecto a las víctimas es redimir las de su cosificación como meros objetos de las prebendas y las maquinarias burocratizadas de la política y el sistema judicial, para hacerlas entrar en la esfera del reconocimiento.

El daño y su necesidad de reconocimiento son indispensables para hablar de justicia restaurativa. De ahí que este modelo de justicia constituya a su vez una declaración pública, esto es, política del abandono y la represión tanto de las víctimas como de los victimarios. De acuerdo con este modelo, resulta pues imposible continuar pensando el derecho bajo la exclusión y el olvido de algunos miembros de la comunidad a favor del orden estatal y su preservación. Es inaudito seguir aceptando una comunidad, un Estado y un sistema judicial que produzca y reproduzca la condición de marginalidad de las víctimas. Esto es una contradicción ética, política y jurídica inadmisibles, porque la condición de víctima no es en modo alguno un asunto privado, ni sentimental, sino una cuestión política urgente que exige transformar ahora, sin ninguna dilación, ni vacilación, las formas de comprender el derecho, el Estado, la sociedad, la comunidad. En este sentido, la justicia restaurativa pretende construir nuevos senderos sociales bajo los principios de reconocimiento, solidaridad y responsabilidad de unos con otros. La justicia restaurativa no sólo debe conducir a la sociedad a la comprensión de las causas estructurales de la delincuencia, sino también al compromiso contra cualquier forma actual de abuso, degradación, humillación tanto de las víctimas como de los victimarios. Hasta que no se reconozca el crimen y el sufrimiento de algunos como una cuestión socialmente apremiante, no podrá hablarse de otros ejercicios más equitativos y pacíficos de la justicia. ■

Referencias

- Aristóteles. (1997). *Política*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Beccaria, C. (1998). *De los delitos y de las penas*. Madrid: Alianza Editorial.
- Bentham, J. (2001). *Tratado de las pruebas judiciales*. México: Jurídica Universitaria.

- Botero, C. & Restrepo, E. (2005). Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia. En: *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*. (A. Rettberg, Comp). (pp. 19-66) Bogotá: Ediciones Uniandes y Centro Internacional de Investigaciones para el desarrollo.
- Bottoms, A. (2003). Some Sociological Reflections on Restorative Justice. En A. von Hirsch et al. (Eds.). *Restorative justice and criminal justice: Competing or reconcilable paradigms?* (pp. 79-114). Oxford: Hart Publishing.
- Braithwaite, J. (1998). Restorative justice. En: Tonry, M. (Ed). *The Handbook of crime and punishment*. (pp. 323-344) Oxford: Oxford University Press.
- Braithwaite, J. (2000). Restorative Justice and Social Justice. *Saskatchewan Law Review*, 63 (1), 2000, 185-194. (Reprinted in E. McLaughlin, R. Fergusson, G. Hughes and L. Westmorland (Eds). *Restorative Justice: Critical Issues*. London: Sage.
- Cortés, F. (1997). Liberalismo, comunitarismo y ética comunicativa. *Daimon, Revista de filosofía*, (15), pp. 93-106.
- Cortés, F. (2006). Entre el perdón y la justicia. Reflexiones en torno a los límites y contradicciones de la justicia transicional. *Justicia Transicional: Teoría y praxis* (pp. 85-112). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Cortés, F. y Monsalve, A. (Eds). (1996). *Liberalismo y comunitarismo: derechos humanos y democracia*. Valencia: Institució Alfons el Magnànim.
- Chaparro, A. (2005). La función crítica del "perdón sin soberanía" en procesos de justicia transicional. En *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional* (pp. 233-258). Bogotá: Ediciones Uniandes y Centro Internacional de Investigaciones para el desarrollo.
- Derrida, J. (2006). *El siglo y el perdón. Seguido de fe y saber*. (M. Segoviano, trad.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones La Flor.
- Elster, J. (2006). La formación de preferencias en la Justicia Transicional. En *Acción colectiva, racionalidad y compromisos previos*. Medellín: Universidad Nacional de Colombia.
- Escobar, F. (2006). La justicia restaurativa y las teorías de la justicia. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, (331), 141-170.
- Foucault, M. (1981). *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI.
- Gammer, Ch. (2005). El sistema del Estatuto de Roma como fuerza motriz del derecho internacional. El inesperado éxito del Estatuto de Roma en América Latina. En: *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung.

- Habermas, J. (2004). *Tiempo de transiciones*. Madrid: Trotta.
- Hirschman, A. (1994). Social Conflict as Pillars of Democratic Market Society. *Political Theory*, 22 (2), pp. 203-218.
- Honneth, A. (1999). Comunidad. Esbozos de una historia conceptual. *Isegoría*, 20, pp. 5-15.
- Kurki, L. (2003). Evaluating restorative justice practices. En: A. von Hirsch et al. (Eds.). *Restorative justice and criminal justice: Competing or reconcilable paradigms?* Oxford: Hart Publishing, p. 293-314.
- Larraruri, E. (2004). Tendencias actuales de la justicia restauradora. *Estudios de derecho*, 61 (138), pp. 58-85.
- Leal, F. (2002). La seguridad, difícil de abordar con democracia. *Análisis político*, (46), pp. 58-77.
- Orozco, I. (2005). *Sobre los límites de la conciencia humanitaria*. Bogotá: Temis.
- Orozco, I. (2009). *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá: Temis.
- Pastor, D. (2006). El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional. En: Cancio Meliá, M. & Gómez-Jara Díez, C. (Coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. II (pp. 475-522). Madrid: Edisofer.
- Rawls, Jh. (1997). *Teoría de la justicia*. México: F.C.E.
- Ricoeur, P. (2001). *Lo justo. Estudios, lecturas y ejercicios de ética aplicada*. Madrid: Trotta.
- Rodríguez, R. (2010). Liberalismo y comunitarismo: un debate inacabado. *Stvdium*, *Revista de humanidades*, (16), pp. 201-229.
- Thiebaut, C. (1992). *Los límites de la comunidad: Las críticas comunitaristas y neoaristotélicas al programa moderno*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Todorov, T. (2002). *Memoria del mal, tentación del bien*. (M. Serrat Crespo, trad). Barcelona, España: Península.
- Uprimy, R. (2005). Justicia transicional en Colombia: algunas herramientas conceptuales para el análisis del caso colombiano. *Revista Foro*, (53), pp. 45-57.
- Uprimy, R. & Saffón, M. (2005). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. En: *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá: Universidad de Los Andes.

- Van Ness, D. (2003). Proposed Basic Principles on the Use of Restorative Justice: Recognising the Aims and Limits of Restorative Justice. En: A. von Hirsch et al. (Eds.). *Restorative justice and criminal justice: Competing or reconcilable paradigms?* (pp. 157-176. Oxford: Hart Publishing.
- Van Ness, D. & Heetderks, K. (2010). *Restoring Justice. An Introduction to Restorative Justice*. 4th ed. New Province, N.J.: Matthew Bender & Co., Inc.
- Von Hirsch, A., Ashworth, A. & Shearing, C. (2003). Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A 'Making Amends' Model? En: A. von Hirsch et al. (Eds.). *Restorative justice and criminal justice: Competing or reconcilable paradigms?* (pp. 21-42) Oxford: Hart Publishing.
- Werle, A. (2005). *Tratado de derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Zehr, H. & Toews, B. (2004). *Critical Issues in Restorative Justice*. Monsey, New York and Cullompton, Devon, UK: Criminal Justice Press and Willan Publishing.
- Zehr, H. & Gohar, A. (2002). *The Little Book of Restorative Justice*. EEUU: Justice and Peacebuilding.
- Zuleta, E. (1994). Sobre la guerra y la paz. En *El elogio de la dificultad y otros ensayos*. Cali: Fundación Estanislao Zuleta. Recuperado de: <http://estanislaozuleta.com/lectura-interesante/34-sobre-la-guerra>.