



La justicia restaurativa en el estado social de derecho en Colombia

Paola Margarita Carvajal Muñoz^a
Eduardo Antonio Palencia Ramos^b
Juan David Barrera Ávila^c

Como citar este artículo:

Carvajal Muñoz, P. M., Palencia Ramos, E. A. ., & Barrera Ávila, J. D. . La justicia restaurativa en el estado social de derecho en Colombia. Eirene Estudios De Paz Y Conflictos, 7(11). Recuperado a partir de <https://www.estudiosdepazyconflictos.com/index.php/eirene/article/view/211>

Recibido:

25 de noviembre de 2022

Aprobado:

05 de abril de 2023

^aORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6661-8044>

Universidad de la Costa. Barranquilla, Colombia

Doctora en Métodos Alternos de Solución de Conflictos por la Universidad Autónoma de Nuevo León (México). Magister en Ciencia Política y Derecho Público por la Universidad del Zulia (Venezuela), Abogada por la Universidad Simón Bolívar (Colombia). Profesora tiempo completo de la Universidad de la Costa. Investigadora Categorizada por Minciencias. Tutora del Semillero Democracia y Cultura de Paz.

^bORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2535-1854>

Universidad Simón Bolívar. Barranquilla, Colombia

Doctor en Métodos Alternos de Solución de Conflictos por la Universidad Autónoma de Nuevo León (México). Magister en Ciencia Política y Derecho Público por la Universidad del Zulia (Venezuela), Abogado por la Universidad Simón Bolívar (Colombia). Profesor tiempo completo de la Universidad Simón Bolívar. Investigador Categorizado por Minciencias.

^cORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1243-0492>

Universidad de la Costa. Barranquilla, Colombia

Líder de Semillero de Democracia y Cultura de Paz, estudiante en el Programa de Derecho de la Universidad de la Costa.

La justicia restaurativa en el estado social de derecho en Colombia

Resumen

En el presente artículo se pretende hacer un análisis del contexto colombiano respecto a dos modelos de justicia, el tradicional o retributivo y el restaurativo. Se sostiene que hubo una transición, del primero al segundo tipo, tras el advenimiento de la Constitución política creada en el año 1991. El principal motivo de dicho cambio fue el ascenso del estado social de derecho, eje esencial del ordenamiento jurídico, y los principios y valores que se despliegan de este. Habida cuenta de lo anterior, se realiza una breve descripción de la forma de administración de justicia previa a la expedición de la mencionada carta magna y la manera cómo actúan los jueces en el nuevo escenario, ya que, estos asumen un rol protagónico encaminado a materializar fundamentos constitucionales como la dignidad humana. Se afirma que la justicia adquiere una concepción holística, debido a que, no basta con la simple privación de la libertad del victimario, sino que se preconiza por la reparación integral de quien ha sido sujeto pasivo de agravios o conculcaciones. Producto de ello nacen en el sistema legal normas como la ley 1448 de 2011, la cual genera una optimización en el marco jurídico colombiano.

Palabras clave: justicia restaurativa, Estado social de derecho, justicia retributiva, dignidad humana, víctimas, victimario.

Restorative justice in the social rule of law in Colombia

Abstract

This article seeks to analyze the Colombian context with respect to two models of justice, the traditional or retributive and the restorative. It is argued that there was a transition from the first to the second type after the advent of the Political Constitution created in 1991. The main reason for this change was the rise of the social rule of law, the essential axis of the legal system, and the principles and values that flow from it. In view of the above, a brief description is made of the form of administration of justice prior to the issuance of the aforementioned Magna Carta and the way in which judges act in the new scenario, since they assume a leading role aimed at materializing constitutional foundations such as human dignity. It is affirmed that justice acquires a holistic conception, because it is not enough to simply deprive the victimizer of his freedom, but it is advocated for the integral reparation of those who have been the passive subject of offenses or violations. As a result, norms such as Law 1448 of 2011 are born in the legal system, which generates an optimization of the Colombian legal framework.

Keywords: restorative justice; retributive justice; human dignity; victims; victimizer

Introducción

La tradición no solo jurídica sino también cultural de carácter legalista por la que ha estado impregnado nuestra normativa formalizada en la constitución de 1886, ha sido la piedra angular que ha hecho de la justicia restitutiva el modelo de justicia en Colombia. Sin embargo, a partir de la creación de la Constitución Política de 1991, muchos de los principios y valores de tipo axiológico que eran fundamentales en la pasada constitución fueron reformados, incluyendo el modelo de Justicia.

Esta transformación en el modelo de justicia puede advertirse materializado en la Constitución Política de 1991. En virtud de lo citado se alude a sus primeros dos artículos, de acuerdo con ello las expresiones: “Estado social de derecho (...) fundado en el respeto a la dignidad humana (...) y en la prevalencia del interés general”, establecidas en el artículo 1, así como también las del artículo 2 donde se consagran los fines esenciales del modelo de Estado definido anteriormente. En este último sobresale un carácter axiológico representado en objetivos como: promover la prosperidad general, facilitar la participación y asegurar la convivencia pacífica.

Tras el surgimiento del estado social de derecho existen unos ejes definitorios identificativos del sistema denominados valores y principios. Los primeros tienen una concepción axiológica que fijan el sentido y fundamento de las normas. Los segundos tienen un carácter deontológico por ende son prescripciones jurídicas de aplicación inmediata,

Por lo tanto, el obrar del Estado Social de Derecho a la hora de cumplir su función de impartir justicia no es la misma que tenía con la pasada carta política, debido a que sus postulados de los que hace uso para la aplicación de este así lo requieren.

Con base a esto, se puede decir que el Estado Social de Derecho no solo se compromete y tiene como fin a la hora de impartir justicia el castigo de alguna conducta delictiva, sino que se obliga a garantizar l no solo a la víctima sino también al victimario su dignidad humana, en sentido particular, buscando así asegurar la convivencia pacífica en sentido general.

Mediante la anterior formulación teleológica, contenida en la norma constitucional del Estado colombiano se han creado instituciones, dado facultades y ha iniciado procesos que buscan la consecución de sus fines esenciales. Este esfuerzo se concreta mediante la creación

de figuras como el precedente jurisprudencial como nueva fuente formal del derecho, la Corte Constitucional como guardiana de la integridad y supremacía de la constitución, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), los acuerdos de paz con las FARC-EP, entre otras.

Una de las figuras jurídicas creadas por el Estado con el fin de garantizar aquellos fines y principios constitucionales relacionados con el conflicto armado en el país es la ley de reparación de víctimas 1448 de 2011. En virtud de esta se protege, asiste, atiende y repara de forma integral a las víctimas del conflicto armado en Colombia. Lo cual supone un cambio transcendental en un país cuya tradición fue el empleo de mecanismos de solución como los indultos y las amnistías, medidas estas, que trajeron consigo el olvido estatal a quienes sufrieron los rigores de la violencia y, en consonancia, derivaron en consecuencias como el incremento de la guerra interna.

Es pertinente mencionar que la existencia de la ley 1448 del 2011 no ha arrojado las consecuencias superlativas que desde algunos sectores se esperaban, principalmente por la no concreción de la misma. Ha sido costumbre nacional la pretensión de cambios a partir de la expedición de normas como si se tratase de un evento mágico del cual adviene una solución. En ese orden se valora la intención estatal, pero se exige la eficacia de lo contemplado. Sin esto último las expectativas de la población víctima quedarían nuevamente maltrechas.

Cabe hacer alusión a las investigaciones realizadas por el Centro de Memoria Histórica (2018), debido a que estas aportaron cifras alarmantes del conflicto las cuales ascendían a 262.197 víctimas fatales, esta información es una de la más completas valorada por el sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición. Con lo antes expuesto, se precisa reflexionar el compromiso institucional para la implementación del modelo de justicia y el alcance de la justicia restaurativa para reducir el impacto acaecido por los rigores de la guerra.

Habida cuenta de lo expuesto anteriormente el presente artículo se abocará al estudio la de la justicia restaurativa, bajo el entendido que este modelo adviene tras el surgimiento de la Constitución Política de 1991, por cuanto sus postulados fundamentales así lo esgrimen. Conforme a lo reseñado, en la primera parte se aludirá a la naturaleza conceptual del

Estado Social de Derecho y su incidencia en la aplicación de la justicia restaurativa en Colombia, y en el segundo acápite se hará referencia a la justicia restaurativa tomando en cuenta su dimensión constitucional, mencionando sus pilares e importancia en la sociedad colombiana.

1. Los modelos de Estado en la historia colombiana: Estado de derecho y Estado social de derecho.

El concepto de estado de derecho tiene su nacimiento en Europa entre los siglos XVIII y XIX, surge por iniciativa de movimientos intelectuales liderados por la burguesía liberal como una forma de oponerse al absolutismo monárquico. Villar (2007). Una de sus principales características fue la logicista racionalista, es decir, tanto el legislador como la ley se advierten como entidades supremas. No obstante, las reglas tenían un efecto racionalizador y de orden en dimensiones estatal y social, en consecuencia a lo anotado, las leyes no solo se entendían como la expresión de la voluntad del gobernante hecha derecho, sino como un medio por el cual se le impusieran límites al accionar del monarca o de cualquier otro individuo sobre otros (Olabuenaga, 2010).

Otro tanto cabe decir respecto a las libertades, por cuanto, en búsqueda del respeto al ejercicio de ellas, hubo restricciones por medio de elementos coactivos respecto a acciones individuales que limitaran su existencia y pusieran en riesgo la propiedad privada. Estas ideas se pueden ver plasmadas desde la obra del padre del liberalismo clásico John Locke (2014).

Son varios los pensadores que asumieron al estado de derecho como un modelo determinante para la existencia convivencial del ser humano. Uno de estos teóricos es el ius-filosofo positivista Hans Kelsen (2009) quien en diversas obras entiende al estado como un orden jurídico donde la validez depende del origen de la norma y no de su contenido. Para el conspicuo autor vienés, estado y derecho son un mismo fenómeno en sí, lo que hace a la expresión Estado de Derecho como una redundancia formal. Otro de los doctrinantes que simpatizan con esta idea es el del jurista Francisco Campos (2018) citando al alemán

Herbert Kruger, donde formula que en el Estado de derecho los derechos fundamentales solo obtienen validez normativa si están dentro de la ley, mientras que, en un Estado social de derecho, la ley solo es válida si no contravienen aquellos derechos y principios esenciales (Nogueira Alcalá, 2005). Por lo tanto, en el Estado de derecho estrictamente tanto el reconocimiento como la garantía de los derechos inherentes depende de que previamente hayan sido consagrados como tal por la ley expedida por el poder legislativo pues son los que sirven como garantes de los derechos y libertades individuales y colectivas.

Hasta aquí, es claro mencionar que el estado de derecho tiene como principio básico el imperio de la ley formal, sin embargo, no pueden soslayarse elementos nodales como la constitución escrita, separación de funciones, el formalismo jurídico, la igualdad formal, defensa de la propiedad privada, entre otros.

Tanto la constitución escrita como la existencia de códigos se puede ver reflejada en la historia jurídica internacional. Fue como resultado de las luchas sobre el reconocimiento de derechos que posteriormente fueron plasmados en un documento los primeros avances que se dieron en cuanto a un documento que contuvieran los derechos fundamentales que tiene el ser humano. Se puede hacer mención desde la carta magna escrita expedida en 1215, hasta las diversas declaraciones de derechos humanos como el Bill of Rights en 1689 en Inglaterra, la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789 en Francia además del posterior código napoleónico y los derivados del derecho romano, y la primera constitución escrita expedida en la historia en el año 1791 en Estados Unidos.

La separación de poderes es un principio que se ha ido desarrollando desde antiguos filósofos como Platón o Aristóteles con sus teorías políticas. Sin embargo, es Montesquieu quien ha dado forma a este principio. Pues para Montesquieu (2007), al estado le deben corresponder tres poderes, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, cada uno con una función diferente, el legislativo como el creador de la ley, el judicial como mero aplicador de la regla, y el ejecutivo como administrador. El corolario de lo mencionado es la racionalización del poder del estado desde el propio estado, o dicho de otra forma, mediante este principio ‘el poder frena al poder’.

Por último, del presupuesto básico legal se construye una idea de justicia fundada en la aplicación del principio de imputación Kelseniano que, a su vez, se traduce en la fórmula: dada una causa se imputa una consecuencia. El modelo referido es el retributivo, que para efectos del presente artículo se erige de manera sustancial debido a que pretende contrastarse con el restaurativo. La justicia retributiva es aquella que se encuentra basada exclusivamente en la coacción hacia el delincuente (Cárdenas, 2007).

De acuerdo con lo dicho anteriormente se infiere que el estado de derecho ocasiona un modelo de justicia retributiva, por cuanto es solo a partir de la aplicación taxativa de la ley, dotada de coacción, emanada del aparato legislativo estatal, como se configura la justicia. Este excesivo formalismo no toma en cuenta particularidades fenoménicas, ni problemas o necesidades. Como se advierte el castigo al ofensor es su interés. Ergo, se puede concluir, como ya lo había hecho (Palencia Ramos et al., 2018). Que el modelo de justicia, bajo los parámetros señalados, es formalista retributivo.

La justicia retributiva estuvo presente en la realidad histórica social y jurídica colombiana hasta el advenimiento de la carta política de 1991.

Se considera firmemente que el modelo de justicia basado única y exclusivamente en la coacción no ha sido y ni va a llegar a ser un modelo que garantice axiomas hoy constitucionales como la dignidad humana, ni para el victimario y mucho menos para la víctima, que en este modelo de justicia adquiere un papel secundario. A diferencia de lo que puede llegar a ser un modelo de justicia de tipo restaurativo que garantice tanto como para la víctima y el victimario una serie de valores que son esenciales para la convivencia pacífica y la vida en sociedad, haciendo no solo más eficiente a la aplicación de justicia, sino también que su aplicación implique un trato que dignifique a la víctima como tal por medio del trato con el victimario.

El origen del concepto de estado social de derecho recae en el contexto de la segunda post guerra mundial, en el ascenso de la Alemania Nazi liderada por Adolf Hitler, la baja de millones de personas, el holocausto judío, y, sobre todo, la amenaza cada vez más grande de gobiernos totalitarios (Villar, 2007). En ese entonces, el jurista alemán Herman Heller, víctima del gobierno nazi, sostuvo la tesis de que el principio de legalidad y del estado de

derecho no pudo hacerle frente a cada una de las atrocidades que se llegaron a cometer dentro del marco de lo legal en el Nazismo. Por lo tanto, agregando la expresión ‘social’ al estado de derecho se estaría advirtiendo que no es la sociedad la que se debe sujetar al derecho, sino el derecho lo que se debe sujetar a la sociedad. Reformando así la validez de la norma jurídica y su relación con los derechos tanto fundamentales, como los nuevos derechos sociales y colectivos (Heller, 2010).

Otra razón por la cual se dio origen a este modelo de estado es un poco más un tono igualitarista, en la que el estado de derecho se hace insuficiente para garantizar una igualdad social formalmente, debido a que este desconoce las relaciones sociales de poder que existen en medio de una sociedad, como las que están relacionada con el empleo, los jóvenes, las mujeres, entre otras (Villar, 2007). Además de que con este mismo propósito se haga prevalecer el interés general por el individual, lo que en un estado de derecho se deja un poco de lado.

En el caso colombiano dicha noción surge tras el advenimiento de la constitución política de 1991, la cual trajo consigo una serie de principios y fines rectores, principalmente en sus dos primeros artículos, que están íntimamente ligados con el obrar del nuevo modelo de estado social, como lo son el principio de dignidad humana y la convivencia pacífica, entre muchos otros.

Conforme a lo mencionado, en la precitada carta política se introduce en el artículo 1° un nuevo modelo de estado con el que se cambian muchos de estos fundamentos básicos que persistían anteriormente.

La expresión, estado social, no es solo un concepto jurídico agregado a la constitución como medio para embellecerla sin ningún tipo de valor normativo, sino que este se configura dentro de la constitución como un principio fundamental del que se derivan el resto de disposiciones normativas y que en caso de contravenir a este principio no tendrían validez jurídica.

Ha de acotarse, que se le otorga a la constitución una supremacía normativa frente a las demás reglas del ordenamiento, es decir que se convierte en el criterio de validez, lo cual implica dejar sin efecto a otras normas cuando estas resulten incompatibles con los principios consagrados en ella.

Estos principios y valores, clasificados en la sentencia T-406 de 1992, modificaron drásticamente tanto la composición de las instituciones y normas del país, así también como su función y su materialización. El principio de la separación estricta de los poderes que antes imperaba en el país fue uno de los principios reformados a partir de la nueva carta política, sobre todo en la rama del poder judicial, toda vez que, con el advenimiento de la nueva Corte Constitucional y otro tipo de jurisprudencias especiales el papel del juez paso de ser un mero aplicador de la norma creada en el congreso y limitarse a lo que expresa la norma, a ser por medio del precedente jurídico una fuente formal del derecho. Esto con el propósito de cumplir con los objetivos consagrados en el artículo 241 ya mencionado.

2. La relación de la justicia restaurativa con la constitución política de Colombia de 1991.

En primer lugar, se dará una definición de lo que es la justicia restaurativa por medio de un contraste con la justicia retributiva, y posterior a ello se determinará la relación que hay entre ambas con la carta política colombiana.

Así pues, la justicia retributiva se puede definir, como ya se había mencionado anteriormente citando a Cárdenas (2007), como aquella que se basa fundamentalmente en el castigo del victimario por medios coactivos. Este tipo de justicia tiene su origen históricamente desde ideas como la ley del talión, y que fueron contemporáneamente desarrolladas por grandes pensadores como Immanuel Kant (2004), donde se empieza a plantear la necesidad de retribución por medio de la pena, y de Georg Hegel (2000), donde se concibe a la pena como negación del delito y la restauradora del derecho. A pesar de sus diferencias, en ambos casos la pena es un fin en sí mismo. Es necesario acotar que la justicia retributiva le otorga protagonismo al victimario relegando a la víctima en un segundo plano.

Por otra parte, la expresión como tal Justicia restaurativa es relativamente nueva en el lenguaje jurídico, puesto que, si se busca en algún texto académico enfocado en temas jurídicos de hace menos de 30 años que trate sobre justicia o sistema penal, es muy difícil encontrar esta expresión (Uprimny & Saffon, 2006). Esta expresión empezó a ser desarrollada

por múltiples juristas contemporáneos de diferentes orígenes, ganando importancia en el debate jurídico-penal internacionalmente.

Uno de estos juristas que ha dedicado obras al desarrollo de este concepto fue el criminólogo americano Howard Zehr, que es considerado el pionero del desarrollo de este modelo de justicia. Este autor considera que la justicia restaurativa no es un concepto que este conformado por ciertas reglas específicas por el cual se lleve a cabo su funcionamiento, sino más bien es un modelo que este guiado por ciertos principios y que aquello que permita el logro de estos hará parte de este modelo de justicia (Zehr, 2012). Es decir, que siendo la prioridad la reparación de las víctimas por el daño causado por la conducta delictiva, cualquier medio que de acuerdo con el derecho permita tal reparación, puede hacer parte de la justicia restaurativa.

A pesar del gran número de autores y conceptos que se le ha dado a la justicia restaurativa, aquellos quienes la defienden como un modelo de justicia más adecuado para la garantía de valores y principios como los que imperan en nuestra carta política al abogar que el derecho penal no debe tener como mira el acto criminal, sino que debe dirigir su atención a la víctima y el daño que se le fue causado (Pettit & Braithwaite, 2015).

Así mismo, esta nueva forma de entender a la justicia al resaltar la atención hacia la víctima como protagonista del conflicto que fue generado por la conducta delictiva, dándole la oportunidad a la víctima de que por medio del derecho se le devuelva aquella dignidad que le fue afectada y al victimario de reparar el daño que causó, entendiendo también que este conflicto no solo llegó a afectar a la víctima, sino que también se extendió al resto de la comunidad (Ordóñez-Vargas & Rodríguez Heredia, 2019). En otras palabras, se puede decir, sin desmedro del perogrullo, que uno de los objetivos fundamentales de la justicia restaurativa es la restauración de la víctima y la vindicación de la dignidad humana tanto en ofendidos y ofensores, al primero buscando reparar los daños que se le fueron causados y al segundo tratando de reincorporarlo a la sociedad, y así, lograr que en el conglomerado persista una convivencia pacífica.

Se puede decir que, mientras la justicia retributiva propone al criminal como quien debe recibir una pena proporcional al daño que este causó, a modo de retribución, haciendo de

la pena un fin en sí mismo (Pettit & Braithwaite, 2015), la justicia restaurativa plantea que se debe poner como prioridad en la solución del conflicto a la víctima, reparándole los daños causados restaurando así su dignidad, como también reintegrando de manera efectiva al victimario, garantizando así una relación pacífica entre los miembros de la sociedad. Entendiendo así a la justicia restaurativa como la humanización del proceso penal (Mojica, 2005).

Habida cuenta de lo mencionado, el modelo de justicia de tipo retributivo fue el que imperó y que aún sigue siendo parte de aquellos Estados de derecho que empezaron a erigirse entre los siglos XVIII y XIX (Villar, 2007) incluyendo el Estado colombiano. El cual se puede ver reflejado en el Código penal en su artículo 4° que consagra sobre las funciones de la pena, y entre ellas se alude a la retribución justa. Además, en las consideraciones de la Corte en la Sentencia C-328/16, cuando se mencionan las teorías de la retribución justa se menciona la necesidad moral generada por la conducta delictiva, haciendo alusión a Kant, a pesar de que se hace un mayor énfasis en los demás fines de la pena presentes en el Código Penal como la resocialización del condenado.

Es un hecho que en el Estado colombiano en cuanto al interrogante de cuál modelo de justicia establecer como fundamento del derecho penal en el país, ha permanecido arraigado al de la justicia retributiva. Sin embargo, este concepto ha empezado a ganar relevancia en cuanto a los modelos de justicia imperantes en la sociedad. Inclusive, aquí en Colombia se puede ver el término de “justicia restaurativa” implícitamente en los primeros dos artículos de la constitución política en donde se hace mención del principio fundante del Estado social de derecho y sus fines esenciales, y explícitamente en el artículo 250 de la misma carta política, en la ley 1922 de 2018 que se regula la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) que posteriormente es tratada con más profundidad en la Sentencia C-538 de 2019, entre otros.

Sumado a esto, y como se dijo en el primer acápite, a partir del advenimiento de la nueva constitución política y el nuevo modelo de estado, ha empezado a surgir una constitucionalización del derecho y, por lo tanto, del modelo de justicia (Mora, 2009). Por lo que el obrar del estado y todas sus funciones esenciales están dirigidas a la garantía de su

principio fundante y de los fines esenciales consagrados en los dos primeros artículos de la carta política, entre los cuales se encuentran la dignidad humana como principio fundante y la convivencia pacífica entre los fines esenciales. Estos principios están íntimamente relacionados con el concepto de justicia restaurativa, relación que se ha ido reflejando poco a poco en la legislación que ha empezado a expedirse en estos últimos años, como afirman Palencia, et al. (2018), existen diferentes visiones de justicia que históricamente se consideraban opuestas y actualmente tienen un punto de encuentro que se funda tanto en lo punitivo como restaurativo.

Con este nuevo modelo de estado, sus funciones pasan de estar limitadas a restringir la intervención del Estado en la sociedad, sino que se le abre la puerta a que este intervenga en aquellas áreas que se consideren como necesarias con el propósito de garantizar el cumplimiento de aquellos fines consagrados en la carta magna (Bermúdez Bueno & Morales Manzur, 2012). Esfuerzos que como se ha evidenciado anteriormente en todo lo relacionado con la administración de la justicia, ha ido ganando importancia en el ordenamiento jurídico del Estado social de derecho colombiano con la expedición de leyes como la 640 de 2001, como la norma introductoria de la conciliación como alternativa de solución de conflictos frente a la ley penal, la ley 906 de 2004 o código de procedimiento penal, sobre todo en sus artículos 11 y 132 donde se definen que es la víctima y cuáles son sus derechos, y, además, la ya mencionada en la introducción de este artículo ley 1448 de 2011 de reparación de víctimas del conflicto armado, entre otras. En tales normas se puede evidenciar un cambio más pronunciado de lo que se define sobre lo que es la víctima y el victimario como partes en el derecho penal colombiano, y, de igual forma, se denota mayor interés del estado en la aplicación de un tipo de justicia enfocada primeramente en la atención y los derechos fundamentales de las víctimas.

Por otro lado, y aunque parezca paradójico, la justicia retributiva no necesariamente es opuesta a la restaurativa, es más, pueden ser complementarias y sobre todo en modelos de justicia transicional como el presente en la ley de 1448 del 2011 (Zehr, 2010).

Como ya se había dicho, no se puede definir que hace parte de la justicia restaurativa estrictamente, como si de un manual de instrucciones se tratase, sino que son todas aquellas

actividades que promuevan la consecución de los fines restaurativos a favor de las víctimas. A pesar de esto, si se pueden mencionar algunos métodos que si hacen parte de este modelo de justicia, como lo son la mediación y la conciliación. La mediación es aquella estrategia que sirva como medio propiciador de un encuentro cara a cara entre la víctima y el victimario, con el propósito de que las partes en conflicto manifiesten sus sentimientos y redefinan la situación, el victimario profese aceptación o que, en su defecto, no niegue su responsabilidad o participación en la realización del injusto. Sin embargo, este método requiere que tanto la víctima como el victimario deseen o tengan ánimo de participar de este proceso y de igual modo que las dos partes, sumado a otros requisitos que sirvan para llevar a cabo de manera satisfactoria el proceso. Además, se cuenta con la intervención de un mediador con las capacidades necesarias para cada caso, quien, en la mayoría de las ocasiones, solicita algunos encuentros individuales previos, con el propósito de minimizar el riesgo de una posible revictimización, sin embargo, también existe la posibilidad de que exista una mediación indirecta donde no necesariamente hay un encuentro entre las partes (Romero, 2016). Según la ley 1448 se cuenta con Mesas de Participación de Víctimas por medio de las cuales se puede ejecutar este método alternativo de solución de conflictos. Sin embargo, la conciliación no requiere de tal encuentro, pero en cierto sentido si es una manifestación de las necesidades de ambos, llevando a cabo de esta manera la solución del conflicto por medio de un acuerdo entre las partes (Cárdenas, 2007).

En consideración a lo expuesto, cabe decir que esta fue la primera estrategia de implementación de la justicia restaurativa en Colombia. Esta hizo por primera vez su aparición en el ordenamiento jurídico colombiano por medio de la ley 640 de 2001 donde se crearon unas reglas para hacer de la conciliación un método alternativo de solución de conflictos, permitiendo que las controversias pudieran ser resueltas por personas distintas a los jueces en sus tribunales, sino también por conciliadores particulares que hagan parte de centros de conciliación legalmente autorizados. Posteriormente, dicho mecanismo fue incluido en la ley 906 de 2004, el código procedimental penal, que incluye la posibilidad de ejercer una conciliación tanto pre procesal como la procesal siempre y cuando así lo autorice la ley (Cárdenas, 2007).

Asimismo, la conciliación es un método alternativo de solución de conflictos con carácter restitutivo que está incluido en nuestro ordenamiento jurídico y que sirve como medio para apaciguar una crisis de la administración de justicia, congestión judicial, entre otros fines complementarios al de darle un papel predominante a la víctima en el proceso penal. Así pues, por medio de la conciliación las partes en el proceso penal, tanto la víctima como el victimario ponen de manifiesto sus distintos intereses para que de una manera diplomática y cordial se pueda hallar una solución consensuada a la controversia producida con la comisión del delito siempre, cuando lo permita la ley.

A pesar de que en la ley 1448 del 2011 no se contempla explícitamente palabras como mediación o conciliación, no es cierto decir que ninguno de estos mecanismos está presente en este reglamento, puesto que, como ya habíamos mencionado previamente, el modelo de justicia transicional ahí contemplado hace uso de algunos aspectos de ambos mecanismos para la garantía de los derechos de las víctimas. Sin embargo, en un sentido más estricto, esta ley todavía conserva muchos aspectos retributivos, puesto que el victimario, de negarse a iniciar su proceso por medio de la jurisdicción especial creada para la aplicación de este reglamento y con los fines restaurativos como el acceso a la verdad y a la reparación, su proceso será llevado a cabo por la justicia ordinaria. Aun así, la ley 1448 de reparación de víctimas del 2011 es uno de los grandes pasos hechos por el derecho penal colombiano en cuanto al establecimiento de un modelo de justicia de tipo restaurativo en el país.

En consecuencia, y en las antípodas, a todo lo que se ha desarrollado sobre el modelo de justicia restaurativa que se busca implementar en mayor medida en el sistema jurídico colombiano, no falta quienes desde sectores políticos critiquen el modelo de justicia restaurativo, en ocasiones acudiendo a la tergiversación y relativizando su dimensión axiológica.

A partir de afirmaciones como esta se puede diagnosticar un desentendimiento de lo que en realidad es la justicia restaurativa y cuál es el papel del victimario en este método alternativo a la solución de conflictos. Puesto que, primero, desconoce que al victimario en la justicia restaurativa no se le exime su responsabilidad luego de haber cometido un delito, solo que esa responsabilidad puede ser redimida por medios que difieren de la mera

privación de la libertad (si es que esta se llegase a dar) y que sirvan como vía para la restauración de aquello que a la víctima se le fue quitado, como afirma Carvajal et al. (2022), la naturaleza de la reparación apunta a garantizar el retorno de la víctima a su situación anterior a la experiencia violenta. Y segundo, y como ya se ha citado en este artículo en repetidas ocasiones, la aplicación de la justicia restaurativa no es contraria ni opuesta a la idea de una retribución, aunque no es propia de ella. Claro que puede haber restitución para la víctima al mismo tiempo que una retribución para el victimario.

Conclusiones

En Colombia a finales del siglo XIX y la mayor parte del siglo XX ha prevalecido una tradición formal y legalista del derecho, a partir de la constitución de 1886 y el establecimiento del Estado de Derecho. Tradición que podía verse reflejada en cada una de las instituciones y políticas públicas, y, sobre todo, de las fuentes y la aplicación del derecho, y, por consecuencia, de su modelo de justicia.

Con el establecimiento del Estado de Derecho, la división de funciones de las ramas del poder público, la función judicial estaba estrictamente limitada a la mera aplicación de la norma emanada del legislador, siendo el contenido de esta norma un supuesto de hecho con su respectiva sanción. Sanción que le competía aplicar en cada caso al juez, limitando su función a ello. Esto produjo necesariamente que el modelo de justicia imperante sea de tipo retributivo.

Con el advenimiento de la nueva constitución del 91 y del asentamiento del Estado Social de Derecho, se ha reformado sustancialmente el ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales, la formalización de valores y principios constitucionales, la extensión de la función judicial y de las fuentes del derecho con la creación de la Corte Constitucional, y, de igual forma, del modelo de justicia.

El estado Social de Derecho es un eje esencial de la actual Constitución Política de 1991, de acuerdo a este tipo de Estado existen unos principios fundantes como la dignidad humana cuya finalidad es la de garantizar a las personas condiciones de

subsistencia y satisfacción de sus necesidades básicas. En ese orden la población víctima desarrolla un papel central por cuanto según la Corte Constitucional, tribunal interprete de la Constitución, son sujetos de especial protección a quienes se les debe considerar y restaurar sus derechos fundamentales.

Es así como, basándose en los fines esenciales y los principios fundantes del Estado Social de Derecho como la convivencia pacífica y la dignidad humana se materializa la justicia de tipo restaurativa como el modelo de justicia imperante en Colombia. Tal materialización se ha ido reflejando a lo largo del ordenamiento jurídico colombiano como en la ley de reparación de las víctimas 1448 de 2011 y la Sentencia C-538 de 2019; y de la aparición de nuevas instituciones como la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) reglamentada por la Ley 1922 de 2018.

Aun así, hacer una transición verdaderamente completa y eficiente para una mayor prevalencia de este modelo de justicia requiere de un cambio drástico en la identificación de las partes en el conflicto y el papel que cada uno tiene en la solución de este, dándole mayor atención a la víctima sin eximir las responsabilidades del victimario. De igual manera como la búsqueda constante y una consciente ejecución de mecanismos encaminados a la consecución de una restauración y dignificación tanto para la víctima, restituyéndole de aquello que perdió, y como para el victimario, que no solo se encargue de retribuirle lo arrebatado a la víctima, sino que se reintegre a la sociedad pacíficamente sin reincidir en la anterior conducta ilícita como en cualquier otra conducta de este carácter.

Trabajos citados

Bermúdez Bueno, W., & Morales Manzur, J. (2012). Estado Social de Derecho: Consideraciones sobre su trayectoria histórica en Colombia a partir de 1991. *Cuestiones Políticas*, 28(48). Recuperado a partir de <https://produccioncientificaluz.org/index.php/cuestiones/article/view/14593>

Campos Zamora, F. J. (2018). Constitución, derechos fundamentales y autonomía de la voluntad. Una aproximación desde la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.

- Cárdenas, Á. E., (2007). La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, X(20),201-212. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602012>
- Carvajal, P. Palencia, E. & Manrique, P. (2022). Las Medidas de Satisfacción como mecanismos para generar Cultura de Paz. En *Nuevos Enfoques en Derechos Humanos, Irenología y Métodos de Solución de Conflictos / Milton Arrieta-López, Lina Sierra-García Barranquilla: Editorial Universitaria de la Costa.*
- Constitución Política de 1991. (Colombia). Legis Editores.
- Congreso de Colombia (2011). Ley 1448 de 2011 de Colombia Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones..
- Congreso de Colombia (2018). Ley 1922 de 2018 de Colombia por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz.
- Corte Constitucional (1992). Sentencia T-406 de 1992.
- Corte Constitucional (2016). Sentencia C-328 de 2016.
- Corte Constitucional (2019). C-538 de 2019.
- Hegel, G. (2000). *Filosofía del derecho.* (E. Vasquez, Trad.) Madrid: Biblioteca Nueva, S. L.
- Heller, H. (2010). *Teoría del Estado.* (L. Tobio, Trad.) Fondo de Cultura Económica .
- Kant, I. (2004). *Principios metafísicos de la doctrina derecho* (1 ed.). (F. Ayala, Trad.) Espuela de plata.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura Del Derecho: Introducción a La Ciencia Del Derecho.* (R. VERNENGO, Trad.) PORRUA.
- Locke, J. (2014). *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil.* (Mellizo, Carlos, Trad.) Alianza editorial.
- Mojica Araque, C. A. (2005). Justicia restaurativa. *Opinión Jurídica*, 4(7), 33-42. Recuperado a partir de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1304>
- Montesquieu, C. D. (2007). *DEL ESPIRITU DE LAS LEYES* (6 ed.). (P. Mercedes Blázquez , & P. De la Vega , Trads.) Tecnos.
- Bastidas Mora, P., (2009). El modelo constitucional del Estado Social y democrático de derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso. *Revista VIA IURIS*, (7), 45-59.
- Nogueira Alcalá, Humberto. (2005). *Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación,*

- Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. *Ius et Praxis*, 11(2), 15-64. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002>
- Arrocha Olabuenaga, Pablo. (2010). Consideraciones sobre el Estado de derecho en el plano internacional. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 10, 173-197. Recuperado en 24 de marzo de 2023, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542010000100005&lng=es&tlng=es.
- Palencia Ramos, E.A., Herrera Tapias, B.A. y Carvajal Muñoz, P.M. 2018. Del formalismo retributivo a la nueva concepción de justicia restaurativa en Colombia a partir de la constitución de 1991. *Erg@omnes*. 10, 1 (dic. 2018), 156–182. <https://doi.org/10.22519/22157379.1217>.
- Pettit, P., & Braithwaite, J. (2015). *No sólo su merecido: por una justicia penal que vaya más allá del castigo* Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2015, 254 páginas. RESEÑA Hugo Castro Valdebenito
- Romero, C. (2 de Agosto de 2018). Centro de memoria historica: Gobierno de Colombia . Obtenido de <https://centrodememoriahistorica.gov.co/262-197-muertos-dejo-el-conflicto-armado/>
- Ordóñez-Vargas, Laura, & Heredia, Douglas Rodríguez. (2019). Más allá del Castigo Penal: un diálogo entre la Justicia Restaurativa y algunos escenarios de transición en Colombia. *Análisis Político*, 32(96), 36-60. <https://doi.org/10.15446/anpol.v32n96.83749>
- Uprimny, R., & Saffon, M. P. (2006). *Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Primera Edición, Bogotá, D. C.
- Villar Borda, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho Del Estado*, (20), 73–96. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/705>
- Zehr, H. (2010). *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. (V. E. Jantzi, Trad.) Good Books.
- Zehr, H. (2012). *Cambiando de lente: un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*. (V. H. Harrisonburg, Ed., C. D. Quedaza, J. E. Ibarra, S. Wihtney, & V. E. Jantzi, Trads.)