



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA

ENFOQUES RESTAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

**Leonardo
Calvete Merchán**
Mtr. Derecho Penal

2022





CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	3
I. FORMAS DE JUSTICIA	7
1. JUSTICIA RETRIBUTIVA	7
2. JUSTICIA RESTAURATIVA	11
2.1. Conceptos.....	11
2.2. Características de la Justicia Restaurativa	13
2.3 Finalidades de la Justicia Restaurativa.....	23
3. JUSTICIA TERAPÉUTICA	25
3.1. Justicia Terapéutica y dirección de actos procesales.....	26
3.2. Justicia Terapéutica y sentencia.....	28
3.3. Justicia Terapéutica y principio de oportunidad	30
3.4 Justicia Terapéutica y Medicación.....	31
II. PRÁCTICAS RESTAURATIVAS Y PROGRAMAS DE JUSTICIA TERAPÉUTICA	33
1. PRÁCTICAS RESTAURATIVAS	33
1.1. La Mediación	34
1.2. Conferencias Familiares y Comunitarias.....	37
1.3. Círculos de sentencia	39
1.4. Paneles restaurativos.....	39
1.5. Reunión Restaurativa.....	40



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

2. PROGRAMAS DE JUSTICIA TERAPÉUTICA: ALGUNAS EXPERIENCIAS CONCRETAS	41
2.1. Tribunales de Tratamiento de Adicciones	43
2.2. Tribunales de Salud Mental	45
2.3. <i>El Sistema Penal de Adolescentes como programa de Justicia Terapéutica</i>	46
III. MARCO NORMATIVO	48
1. JUSTICIA RESTAURATIVA EN LAS NORMAS INTERNAS	48
1.1. Normas procesales	48
1.2. Norma sustancial	51
1.3. Sistema de responsabilidad Penal de Adolescentes.....	53
2. JUSTICIA TERAPÉUTICA EN LAS NORMAS INTERNAS.....	54
IV. CONCLUSIONES	57
BIBLIOGRAFÍA.....	59



INTRODUCCIÓN

1. El Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina Contra las Drogas y el Delito de las Naciones Unidas –UNODC-, define la justicia restaurativa como “*un concepto evolutivo*” que implica “*responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes*”. (UNODC, 2006). Este avance en la solución de conflictos de naturaleza social, tiene como núcleo esencial la garantía de derechos fundamentales, al punto que algunos autores han considerado que “*no es posible desligar la idea de derechos humanos (DDHH) a la idea de justicia, y no es posible pensar en justicia humana sin pensar en justicia restaurativa*”(Escallón. 2021)¹.

La Justicia Terapéutica, por su parte, pretende estudiar la ley como un agente social que tiene consecuencias y promueve comportamientos en los asociados, motivo por el que su creación y aplicación debe tener en cuenta los efectos emocionales y psicológicos que puede producir en las personas. (Lara S., 2016), es decir, es el estudio de las normas en busca del bienestar de los asociados.

En ese orden de ideas, promover la Justicia Restaurativa y la Justicia Terapéutica, así como formar en los enfoques restaurativo y terapéutico, implica propender por un pensamiento respetuoso y defensor del principio de la dignidad humana, entendiendo que la construcción de soluciones a los conflictos sociales mediante el dialogo y el consenso es un derecho que tenemos quienes vivimos en sociedad; y que la impartición de justicia y la aplicación de la ley debe hacerse reduciendo los efectos negativos en la psiquis de las personas.

Desde una visión moderna del derecho, es necesario realizar esfuerzos para promover la Justicia Restaurativa y la Justicia Terapéutica en distintos ámbitos, como lo es el familiar, escolar, laboral, localidades, etc.; pero también en el ámbito judicial, en la medida que las actuaciones que se desarrollan en el marco de procesos jurídicos, son espacios en donde las partes se encuentran para tratar de gestionar un conflicto. En ese orden de ideas, es importante que el Juez o Magistrado no solo cuente con conocimientos teóricos sobre estas formas de justicia, sino también que esté en capacidad de desarrollar estrategias y herramientas para poner en práctica dichos enfoques en su actividad diaria.

2. Nuestro país ha tenido algún desarrollo legal en materia de Justicia Restaurativa, en especial en la jurisdicción penal, con mayor énfasis en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes -SRPA-. También desde el punto de vista académico se observan trabajos para explicar y fomentar la solución de conflictos por medio del dialogo y el consenso, encontrando antecedentes incluso en la propia Escuela Judicial.

¹ <http://www.iidejure.com/justicia-restaurativa-y-derechos-humanos-redundancia/>



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

Contrario a ello, la Justicia Terapéutica todavía no ha tenido un desarrollo semejante, razón por la que no es posible que el Módulo pueda abordar y desarrollar en igual forma las dos temáticas. Por tanto, en cuanto a la Justicia Terapéutica se refiere, se desarrollarán los conceptos básicos, fines y elementos, para familiarizar al discente con la terminología y concientizar sobre la importancia de empezar a explorar por cuenta propia sobre dicho tópico, desarrollando así la competencia sobre el saber, pese a no poder ahondar en experiencias nacionales, marco normativo o casuística.

Ahora bien, dado el desarrollo que sí ha tenido la Justicia Restaurativa en nuestro medio y experiencia internacional, se profundizará en dicho tópico en la siguiente forma:

En primer lugar, el Módulo de Autoformación en Justicia Restaurativa recoger el estado del arte actual en cuanto esta forma de justicia y así evidenciar algunas experiencias internacionales que permitan a su destinatario conocer la terminología, prácticas, fines y características de este modelo diferente al tradicional retributivo. Se trata en principio de brindar información que fomente el saber en el Juez o Magistrado en la materia.

En segundo lugar, se pretende que el destinatario del Módulo comprenda la importancia del enfoque restaurativo en la función judicial, brindando herramientas metodológicas, argumentos y conceptos que le permitan encontrar los espacios procesales adecuados para fomentar la justicia restaurativa en las actividades que realiza.

En tercer lugar, se busca que el Juez o Magistrado apropie los conceptos y lenguaje de la Justicia Restaurativa, los haga parte de su léxico cotidiano y promueva las prácticas restaurativas como una forma de solución de conflictos, para integrar el resultado al proceso judicial ordinario, bien sea porque tiene efecto en la decisión judicial o porque son actividades que se pueden adelantar en forma paralela.

3. El desarrollo de estas competencias en Justicia Restaurativa y Justicia Terapéutica, busca ayudar a resolver tres problemas jurídicos a los que constantemente se enfrenta el juez: (i) cómo generar una mayor satisfacción de las partes en los procesos que tiene en conocimiento; (ii) cómo aportar a mejorar el acceso a la justicia en el territorio que ejerce jurisdicción; y (iii) cómo hacer que su actuar sea adecuado en punto de garantía de derechos fundamentales.

En cuanto al primero de estos aspectos (i), la Justicia Restaurativa tiene por finalidad que la solución a un determinado conflicto logre atender las necesidades de justicia de las víctimas y sociedad, las cuales son de diferente naturaleza en cada caso y no necesariamente se suscriben al castigo punitivo y pago de perjuicios en dinero. Pero también es importante entender que el agresor o victimario puede requerir ayuda para



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

Ilegar a percibirse como responsable, lo cual se logra por medio de prácticas restaurativas donde puede comprender la afectación individual y social que ha causado, haciendo menos posible la reincidencia.

Ahora bien, en cuanto a la Justicia Terapéutica, es importante señalar que el desarrollo de las actuaciones judiciales y el impacto que estás generan, también determinan el grado de satisfacción y empatía de las partes frente a la propia solución que imparte el Juez o Magistrado, motivo por el que resulta necesario que las mismas no causen efectos dañinos o anti-terapéuticos, que excedan los efectos propios de las sanciones o consecuencias jurídicas que se imponen en los procesos.

Como segundo aspecto (ii), es importante tener en cuenta que la solución de conflictos mediante el dialogo y el consenso tiene un impacto en el derecho de acceso a la justicia. Las prácticas restaurativas construyen soluciones que, si bien no constituyen providencias judiciales impartidas por el Juez o Magistrado, deben ser entendidas como justicia –no impartida sino construida- que atiende las necesidades de quienes se vieron involucrados en el conflicto y la sociedad. Adicionalmente, desde el punto de vista de la política pública de administración de justicia, la Justicia Restaurativa resulta una estrategia adecuada para la descongestión de despachos judiciales, bien porque no sea necesario abrir un proceso judicial, porque pueda terminarse de forma anticipada o porque realizándose en forma paralela se llega a una sentencia en forma más rápida y que es aceptada por las partes sin acudir a instancias superiores.

En tercer lugar (iii), es fundamental que la actuación judicial no sea vista exclusivamente como una forma de impulso procesal que permite llegar a una sentencia, sino también como un espacio de dialogo en donde se encuentran las partes involucradas para explicar su afectación y necesidad de justicia ante un Juez o Magistrado, que si dirige la actuación en forma empática, podrá brindar momentos para que las partes puedan establecer diálogos que lleven a prácticas restaurativas, cuyos resultados pueda integrar a la actuación para darle el efecto que corresponda.

4. Para lograr lo anterior, se desarrollarán seis unidades temáticas que comenzarán (i) con el ejercicio conceptual, explicando las diferentes formas de justicia, desde la clasificación tradicional de retributiva y distributiva, hasta los conceptos de Justicia Restaurativa y Justicia Terapéutica, con la finalidad de explicar sus elementos más importantes y evidenciando el lenguaje que identifica a cada uno de estos enfoques.

En segundo lugar (ii), se expondrán algunas experiencias internacionales en Latinoamérica y España, donde se evidenciará la tendencia en estas materias y los resultados obtenidos por otros países, mostrando la necesidad de trabajar en estos enfoques desde el ámbito judicial.



**MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL**

En tercer lugar, (iii) se abordará la temática de las prácticas restaurativas que hoy en día cuenta con respaldo doctrinal, y el actuar de sus participantes, haciendo una mención a las prácticas terapéuticas. Allí el discente podrá romper algunos prejuicios que se tienen sobre la Justicia Restaurativa en algunos sectores, entender el trabajo que dirige el facilitador y por qué son necesarios algunos espacios o tiempos en las actuaciones judiciales para que encontrar soluciones dialogadas.

En cuarto lugar (iv), se expondrán algunas ventajas de la justicia restaurativa a la luz de la política criminal, el acceso a la administración de justicia y garantía de derechos fundamentales, aprendiendo así los argumentos para promover la justicia restaurativa desde el ejercicio de sus funciones.

De otra parte (v), si bien es cierto existen muchos aspectos que podrían ser mejorados por medio de una nueva normativa, actualmente el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con normas constitucionales y legales que permiten desarrollar el enfoque restaurativo en la función judicial. Por ello, en la quinta unidad temática se estudiará el marco constitucional y legal de la justicia restaurativa en nuestro país, con la finalidad de brindar al discente el apoyo jurídico que requiere en la materia.

Finalmente (vi), se expondrán los espacios procesales que existen en nuestro ordenamiento penal para desarrollar la Justicia Restaurativa y la Justicia Terapéutica, como un ejemplo de desarrollo en una de las jurisdicciones existentes. Allí, se desarrollarán herramientas pedagógicas y de evaluación que sean útiles para el análisis de problemas jurídicos, por medio de estudio de casos y ejercicios prácticos que permitan al Juez o Magistrado reflejar los conceptos teóricos en la realidad humana y en el ejercicio de su cargo.

En síntesis, se trata de desarrollar competencias para la aplicación y promoción de la Justicia Restaurativa y la Justicia Terapéutica en el ámbito judicial, con la finalidad de aumentar los estándares de satisfacción de los ciudadanos respecto de las soluciones a conflictos humanos.



I. FORMAS DE JUSTICIA

El artículo 229 de la Constitución Política de Colombia establece que se “garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”. Este derecho se proyecta también en la definición de políticas públicas del Estado que inciden sobre el goce de los derechos civiles, políticos y económicos y sociales, que en virtud del principio de progresividad, debe hacer mayores las posibilidades de acceso a las personas a los ámbitos judiciales².

A su turno, la Ley 270 de 1996 desarrolla los aspectos estructurales, funcionales y logísticos de este derecho, describiendo la administración de justicia como “la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional”. En ese orden de ideas, el acceso a la justicia es un derecho de los ciudadanos y un servicio público que presta el estado.

Siendo cierto que las normas sustanciales y procesales determinan en buena medida la respuesta a los problemas jurídicos que se someten a conocimiento del Juez, el ordenamiento jurídico permite que, dependiendo de las particularidades que presente cada caso, estas normas puedan aplicar con énfasis o enfoques distintos, de cara a garantizar derechos fundamentales y cumplir los fines constitucionales de la administración de justicia.

Por ello, es fundamental que los funcionarios judiciales conozcan los distintos enfoques desde los cuales se pueden adoptar sus decisiones judiciales, ampliando la visión positivista desde la cual son tradicionalmente formados los abogados en nuestro medio.

1. JUSTICIA RETRIBUTIVA

En su obra, Vigilar y Castigar, Michael Focau explica en detalle lo que él denominó el “espectáculo punitivo” del siglo XVII, consistente en hacer de la ejecución de la pena un acto de procedimiento público, que pretendía generar el mayor sufrimiento físico posible al sentenciado. Dicho suplicio, tenía por finalidad “reconstruir la soberanía por un instante ultrajada”,

² BIRGIN, Haydee. GHERARDI, Natalia. *La Garantía de Acceso a la Justicia: Aportes empíricos y Conceptuales*. Mexico CDM: Editorial Fontamara. 2012. Página 16.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

cumpliendo así la función jurídico-política de la pena.³ Allí podemos encontrar un ejemplo de justicia retributiva, en donde la pena, vista como daño al delincuente, es necesaria para pagar por el daño causado.

Sin embargo, la Justicia Retributiva no es propia de los antiguos regímenes absolutistas. Muchos autores que influenciaron el pensamiento del siglo XVIII como Becaria y Loke, plantearon enfoques punitivos basados en la intimidación. Por ejemplo, Beccaría señaló que la finalidad de la pena no podía ser otra que “*impedir al reo causar nuevos daños a los ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales*”, motivo por el que la sanción proporcional y su imposición “*haga una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa en el cuerpo del reo*”. Entonces, si bien es cierto se abandona la idea del suplicio físico como forma de castigo, no así su finalidad intimidatoria.

En reacción a esta forma de pensamiento, Kant desarrolló la fundamentación absoluta de la pena, donde se observa la sanción penal como un deber moral, una obligación que tiene que cumplir el Estado, que no tiene causa diferente que el delito y que es imprescindible, pues de ello depende la justicia. Feijoo lo explica así:

*A partir de su fundamentación absoluta de la pena, Kant plantea cual puede ser la pena (tipo y cantidad) que reclama la justicia en cada caso particular como principio y patrón de medida. Este autor considera que se debe atender el principio de igualdad: no sufrir un mal ni mayor ni inferior que el que se ha causado. Kant considera que la bíblica ley del talión (Talis-qua-talis), correctamente entendida dentro de la actividad judicial, y no como venganza privada, puede servir de medida para determinar la calidad y la cantidad de la pena. Esta Ley es la única que en el marco de la concepción kantiana de la pena expuesta puede determinar la cantidad y calidad de la pena a imponer. Resumiendo: Si alguien ha matado, debe morir.*⁴

Esta forma de entender la justicia y la pena recibió, como una de sus críticas principales, el hecho de someter al Estado a ejecutar en forma institucional comportamientos similares a los que ejecuta el delincuente, lo que afecta la legitimidad de la sanción y del ejercicio de poder punitivo. Es por ello que Hegel, entendió que lo más relevante de la fórmula “ojos por ojos” es su alcance simbólico, representado en el alcance comunicativo de la sanción, motivo por el no necesariamente quien mata, debe morir. En palabras de

³ FOUCAUT, MICHAEL. *Vigilar y Castigar*. Madrid: Editores s.a de c.v. 1976

⁴ FEIJOO, Bernardo. *Retribución y Prevención General: Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B. de F. Montevideo – Buenos Aires, 2007. Página 73 y 74.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

Feijoo, Hegel “considera que con la pena se restablece el ordenamiento, por lo que en esencia no es un mal sino una respuesta a la negación del ordenamiento”⁵.

Entonces, a partir de la teoría de la pena desarrollada por Hegel, que influyó en gran medida el pensamiento alemán de la época, si delito es simplemente la negación de una premisa general contenida en la ley, la pena se impone para comunicar a la sociedad que se ha restituido la obligatoriedad del ordenamiento jurídico, entendiendo así que la sanción es absolutamente necesaria como respuesta al daño.

De acuerdo a lo expresado hasta acá, bien sea que se pretenda restablecer la soberanía del gobernante, producir un daño similar al causado como única forma de lograr justicia o restablecer la vigencia del ordenamiento jurídico; los enfoques retributivos enseñan desarrollan normas sustanciales que entienden la pena como una necesidad, como algo indispensable para la justicia, como la única forma en que el delincuente puede “pagar” por la ofensa causada al soberano, a la víctima o al derecho.

Adicionalmente, es importante entender que la forma de justicia no la determina exclusivamente las normas sustanciales que establecen las consecuencias jurídicas que se asignan a una situación fáctica, -mucho menos en materia penal-, pues la norma procesal también tiene un efecto relevante para los ciudadanos.

Si bien es cierto que en el imaginario común, el derecho penal alcanza su mayor punto de agresividad o violencia institucional con la ejecución de la pena privativa de la libertad, no puede olvidarse que los actos procesales, por el interés que despiertan en la comunidad y los derechos que allí están en juego, producen serias consecuencias en las personas sometidas al proceso. Al respecto, explican Gómez y Guzmán:

El proceso penal involucra al investigado en un verdadero padecimiento personal y familiar, pues al ser sometido a su trámite, se le impone una especie de tormento no declarado por la ley que se verifica con el reproche social, el escarnio público y el impacto psicológico que todo ello le genera en su persona, de allí que el proceso penal presuponga una injerencia en los derechos fundamentales del procesado.⁶

5 FEIJOO, Bernardo. *Retribución y Prevención General: Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B. de F. Montevideo – Buenos Aires, 2007. Página 106.

6 GÓMEZ, Carlos. GUZMÁN, Carlos. *Instituciones Procesales Penales Consensuales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019. Página 124.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

Entonces, desde el punto de vista procesal, los sistemas que carecen de formas de terminación anticipada o mecanismos consensuales, se asocian de manera directa a los esquemas sustanciales retributivos, en la medida que siendo obligatoria la pena como única forma de alcanzar la justicia, el proceso sólo puede terminar con acto procesal donde se determina si debe o no ser impuesta.

Lo anterior no significa que en los países que tengan sistemas inquisitivos que den prelación al principio de legalidad y la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, los jueces tengan que optar por un enfoque ciento por ciento retributivo; y que en los sistemas acusatorios dicho enfoque sea eliminados y reemplazado por la Justicia Restaurativa, por la simple existencia de normas que reglamentan figuras como el principio de oportunidad o los preacuerdos.

En efecto, si bien es cierto en los esquemas acusatorios tiene mayor espacio para instituciones como el principio de oportunidad o los preacuerdos, ello no garantiza por sí sólo que se esté abandonando el enfoque retributivo de justicia, si la interpretación judicial de estos institutos procesales se enfoca a limitar su aplicación. A contrario sensu, el hecho de contar con esquemas procesales de tendencia inquisitiva tampoco implica que no exista espacio para aportar a las actuaciones judiciales enfoques restaurativos o terapéuticos. Entonces, la forma de justicia que rige una sociedad depende en gran medida de la estructura con la que es formado el juez o magistrado, pues de ello va a depender el enfoque que imprime a su interpretación legal.

Un ejemplo de ello podría ser lo siguiente: Bajo el esquema procesal que se regía por la ley 600 de 2000, catalogado por muchos como inquisitivo o mixto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal interpretó que en ciertos delitos, las partes podían llegar a acuerdos para la indemnización integral (con libertad de establecer la forma en que se pagaba por el daño), incluso hasta antes de proferirse fallo de casación. No obstante, en el sistema de tendencia acusatoria que rige la Ley 906 de 2004 (proceso ordinario), la interpretación jurisprudencial ha mantenido los límites temporales que tienen instituciones como el principio de oportunidad o los preacuerdos, a los que no se puede acudir cuando se ha iniciado la audiencia de juicio.

De manera preliminar podemos concluir, que la Justicia Retributiva se encuentra en los ordenamientos jurídicos que: (i) tienen normas sustanciales que justifican la imposición de la pena como única respuesta



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

al delito, determinando la forma de ejecución y su duración a partir del daño causado; (ii) normas procesales que carecen de instituciones o herramientas que permitan las salidas consensuadas y la terminación anticipada de los procesos; y (iii) jurisprudencia que propende por limitar las opciones diferentes a la judicialización y la terminación anticipada del procedimiento.

2. JUSTICIA RETAURATIVA

2.1. Conceptos

El origen de la Justicia Restaurativa se encuentra documentado a partir de experiencias con comunidades menonitas, que por su espíritu pacifista permitieron encuentros entre víctima-ofensor. No obstante, es claro sus antecedentes se relacionan con formas tradicionales y ancestrales de justicia de pueblos de Norte América y Nueva Zelanda⁷.

Si bien es cierto que no existe una definición única en la materia, podemos encontrar algunas que comparten sus elementos esenciales. Por ejemplo, el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina Contra las Drogas y el Delito de las Naciones Unidas –UNODC, define la justicia restaurativa así:

“La justicia restaurativa es una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes. Es un concepto evolutivo que ha generado diferentes interpretaciones en diferentes países, respecto al cual no hay siempre un consenso perfecto.”

La Directiva 2012/29 de la unión europea se refiere a la Justicia Restaurativa (reparadora) como “*cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial*”. Mientras que la Declaración de Leuven de 1997 se ocupó del asunto indicando que la Justicia Restaurativa es “*un proceso en el que todas las partes implicadas en un determinado delito resuelven colectivamente cómo manejar las consecuencias de ese delito y sus implicaciones para el futuro*.”

Desde el punto de vista doctrinal, Zehr, señala que la Justicia Restaurativa “*abarcá una diversidad de programas y prácticas, en esencia consiste en una serie de principios, una filosofía (...) un esquema alternativo de*



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

*pensamiento para abordar el delito*⁸. Por otra parte, Pego señala que la Justicia Restaurativa supone que la reacción ante un daño sea, “*la posibilidad de una cierta justicia correctiva, no en sentido peyorativo, sino en el sentido de las posibilidades de reparación de dicho daño, de manera que no condicione totalmente la vida de la víctima o la comunidad.*⁹”

Por su parte, Robles define la Justicia Restaurativa como “*una modalidad de justicia que no sigue los esquemas convencionales de concepción y reacción ante un delito, sino que presenta una serie de elementos bajo unos valores y prismas diferentes, centrado en la reparación del daño en un escenario participativo y dialogante con garantías jurídicas y con la necesidad de compromiso.*¹⁰

Desde el punto de vista institucional, diferentes entidades del Estado colombiano han definido la justicia restaurativa, siendo coincidentes en varios aspectos relevantes. En primer lugar, nuestro legislador definió la Justicia Restaurativa en el artículo 518 de la Ley 906 de 2004, como “*todo proceso en el 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.*”

El Manual de Justicia Restaurativa de la Fiscalía General de la Nación lo define así:

“*La Justicia restaurativa es un concepto que conlleva una visión alternativa del tratamiento del conflicto, con miras a superar las limitaciones propias del sistema de justicia formal. Entre ellos, su incapacidad para resolver las causas subyacentes a la conflictividad, satisfacer los intereses de la víctima, lograr una verdadera reinserción del ofensor y dar tratamiento efectivo a todos los casos.*¹¹

De igual forma, el Ministerio de Justicia y del Derecho, en el Manual de Prácticas Restaurativas para Conciliadores en Equidad del año 2008, expresó el siguiente concepto:

⁸ ZEHR. Howard. *Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa*. CEMTA: 2010.

⁹ PEGO, Laura. *Víctimas y Derechos: Tratamiento normativo, programas de Justicia Restaurativa y de Justicia Transicional*. Pamplona: Thomson Reuters Aeranzadi, 2022. Página 62.

¹⁰ ROBLES, Adela. *El Lenguaje Restaurativo: Valoración de su poder potencial educativo contra la violencia de género*. Barcelona: Editorial Bosch, 2022. Página 71.

¹¹ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Manual-de-Justicia-Restaurativa-Res-0-0383-de-2022.pdf>



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

"La Justicia Restaurativa, es un mecanismo para resolver los conflictos y repararlos. Este Motiva a quienes produjeron el daño a reconocer el impacto de lo que hicieron y les da la oportunidad de repararlo. Y ofrece a quienes sufrieron el daño, la oportunidad de que se les reconozca su pérdida y que esta les sea reparada."¹²

Por su parte, el Consejo Superior de la Judicatura define la Justicia Restaurativa así:

"La justicia restaurativa se materializa con la reconstrucción consensuada de las relaciones sociales o familiares destruidas con el conflicto, como consecuencia de un resultado restaurativo, derivado del acuerdo alcanzado entre ofendido y ofensor, previo procedimiento, facilitado por un mediador o conciliador en equidad, y desarrollado, generalmente, con el acompañamiento de la familia o la comunidad, donde el uno reconoce al otro como tal y viceversa, el victimario se entera del sufrimiento de la víctima, adquiere conciencia del daño que causó, asume su responsabilidad y repara o restaura, y los dos se reintegran a la colectividad"¹³.

De acuerdo a estas definiciones, la Justicia Restaurativa es un “proceso”, “visión”, “esquema de pensamiento” o “mecanismo”, lo que permite entender que es un concepto dinámico que tiene por características principales la participación de los involucrados para llegar a una solución consensuada al conflicto.

2.2. Características de la Justicia Restaurativa

Siguiendo lo expresado por Rodríguez y Osorio, la Justicia restaurativa tiene como características esenciales las siguientes: es intersubjetiva, voluntaria, reflexiva, restitutiva y humana¹⁴. Desglosando lo anterior, tenemos:

a) Carácter intersubjetivo:

La Justicia Restaurativa requiere de la existencia y participación de un trinomio compuesto por los siguientes: víctima, infractor y comunidad¹⁵. Esta composición de participantes, es explicada por Barrio así:

La comisión de un hecho delictivo no vulnera únicamente un precepto penal sino que crea un daño injusto en la víctima y en la sociedad, emergiendo unas relaciones derivadas de ello. Mejora la situación actual al conceder el papel protagonista a las partes e intervinientes en

¹² MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. <https://www.minjusticia.gov.co/Sala-de-prensa/PublicacionesMinJusticia/PRATICAS%20RESTAURATIVAS.pdf>

¹³ Tomado de: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA <https://justiciarestaurativa.ramajudicial.gov.co/pagina/historia>.

¹⁴ RODRÍGUEZ, Reyler. OSORIO Eduardo. Justicia Restaurativa. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2018.

¹⁵ RODRÍGUEZ, Reyler. OSORIO Eduardo. Justicia Restaurativa. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2018. Página 293.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

el propio hecho delictivo. La respuesta al delito ya no es un monopolio del Estado. Las prácticas restaurativas otorgan el poder del conflicto a la víctima, infractor, al sistema de justicia –el cual es un participante más en el proceso y verifica la legalidad del mismo-, y a la comunidad. El único éxito posible es la pacificación social, representada en la reparación de la víctima y la resocialización del infractor. Centra su interés en la víctima y el infractor, en su reintegración pacífica y sanada a la sociedad. Se supera la concepción de éxito del sistema retributivo que centra sus recursos en el castigo al victimario¹⁶"

Como se puede ver, bajo este esquema se supera la concepción de justicia impartida, en donde los sujetos involucrados no tienen injerencia en la solución que el Juez les impone. Es decir, los sujetos ya no son vistos como partes, sino como protagonistas que cumplen un rol en la búsqueda de la respuesta al conflicto. Veamos:

La víctima: Uno de los aspectos más importantes de la justicia restaurativa, es ampliar el concepto de víctima a los distintos sujetos que se vean afectados con la agresión o conflicto, superando así la discusión presentada en los primeros años de existencia del sistema acusatorio sobre la categorización entre víctimas directas e indirectas, zanjada oportunamente por la Corte Constitucional en la sentencia C – 516 de 2007¹⁷.

En los procesos penales ordinarios, el autor del delito y su responsabilidad son el centro de la atención, relegando los aspectos de interés de la víctima a incidentes como el de parte civil o reparación integral con mayor o menor capacidad de intervención directa dependiendo el esquema procesal. Contrario a ello, en la Justicia Restaurativa la víctima tiene el protagonismo, pues se pretende brindar apoyo "dándole voz en el proceso; reparar las relaciones que se han visto dañadas por la actividad delictiva; conseguir unanimidad para declarar la conducta delictiva como inaceptable..."¹⁸. Al respecto, Zehr considera que por medio de la justicia restaurativa pueden satisfacerse cuatro aspectos que suelen quedar insatisfechos en el proceso penal:

¹⁶ BARRIO, Rodrigo. *Justicia Restaurativa y Justicia Penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2019. Página 45.

¹⁷ SAMPEDRO, Julio. *Las Víctimas y el Sistema Penal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2010. Páginas 84 y 85

¹⁸ BARRIO, Rodrigo. *Justicia Restaurativa y Justicia Penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2019. Página 46.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

- (i) Información: La víctima no sólo requiere información sobre las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se presentó el hecho que lo afectó, también necesitan saber por qué se presentó la ofensa y que pasó después de ello, para así dejar de especular al respecto y superar lo ocurrido.
- (ii) Narración de los hechos. Para garantizar la recuperación de la víctima, es importante que pueda relatar lo sucedido, *"re-escribir la historia"* a partir de lo que entiende que sucedió.
- (iii) Control. *"Las víctimas suelen sentir que el delito les quitó el control de sus vidas"*, involucrarse en el proceso resulta un paso indispensable para poder recuperar el sentido de control.
- (iv) Restitución o reivindicación. Además de las compensaciones económicas, las victimas suelen requerir que el agresor asuma su culpa y se esfuerce en reparar como forma de evidenciar que la víctima no provocó el daño.¹⁹

Entonces, la Justicia Restaurativa se constituye así en un proceso pro víctima, en la medida que uno de los pilares esenciales que la sustentan es *"la necesidad de tutela de la víctima cuyos derechos, intereses, necesidades y expectativas habían sido postergados a la luz del sistema penal retributivo. Con la Justicia Restaurativa la víctima deja la marginación y el desamparo, pasando a ser un agente meramente espectador a un sujeto protagónico esencial"*²⁰

El agresor o victimario: Haciendo una revisión de las características generales del sistema procesal ordinario en materia penal, pareciera que promueve que el presuntamente agresor se ocupe exclusivamente de sus intereses en el curso del trámite. Zeher ha concluido que *"el proceso legal tiende a desmotivar la responsabilidad y la empatía por parte de los ofensores"*²¹.

En efecto, guardar silencio es uno de los derechos que le asisten al procesado y que lo acompañan a lo largo de toda la actuación, entendida por los autores como insoslayable²², pues en ningún caso puede obligarse al acusado a rendir testimonio y conforme lo previsto en el literal "c" del

19 ZEHR. Howard. *Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa*. CEMTA: 2010. Página 20

20 RODRÍGUEZ, Reyler. OSORIO Eduardo. *Justicia Restaurativa*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2018. Página 295

21 ZEHR. Howard. *Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa*. CEMTA: 2010. Página 20

22 ESPITIA, Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Bogotá: Editorial Legis, 2010. Página 157.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

artículo 8 de la Ley 906 de 2004, no se puede utilizar dicho silencio en contra. De igual forma, el principio de *in dubio pro reo* también supone que el procesado puede mantener una postura inactiva durante el proceso penal, entendiendo que no tiene la carga de probar.

Contrario a lo anterior, en la Justicia Restaurativa el agresor asume un papel preponderante, empático, activo y propositivo, pues se espera de éste que: (i) cuente la verdad sobre lo ocurrido y las razones que antecedieron a sus actos, (ii) que reconozca su responsabilidad por los daños causados y (iii) que repare integralmente a las víctimas.

Ahora bien, es fundamental que los actores de los procesos penales, entiendan que esta diferencia entre el rol del agresor en la justicia restaurativa y del procesado en el sistema penal, no hace que estas dos formas de justicia sean excluyentes. Barrio ha señalado:

“El infractor ha de aceptar su responsabilidad, entendiendo el alcance que han provocado sus actos y pudiendo estar en condiciones de realizar actuaciones responsables para la reparación del daño ocasionado. Asimismo, su participación en el proceso restaurativo no será admitida como prueba de admisión de culpabilidad en un futuro procedimiento ante los tribunales, garantizándose así sus derechos procesales.”

En ese sentido, el artículo 519 de la Ley 906 de 2004 reproduce esta regla doctrinal en su numeral 3, indicando, respecto de las prácticas restaurativas, que “*la participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores*”.

De otra parte, la Justicia Restaurativa también brinda un enfoque diferentes respecto de las necesidades de justicia del agresor, en la medida que promueve la transformación personal de éste. Al respecto, el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de UNODC, señala lo siguiente:

El comportamiento pasado de los individuos y sus consecuencias son claramente una preocupación central del proceso restaurativo, pero también lo es el comportamiento futuro del delincuente. Un compromiso del delincuente en relación a su comportamiento futuro suele ser un componente esencial de los acuerdos a los que se llega a través de la mediación y otros procesos restaurativos. El transformar o “reformar” al delincuente a través del proceso restaurativo es un



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

objetivo legítimo del proceso; de ahí la prevención de la reincidencia. La insistencia en que los delincuentes entiendan y acepten la responsabilidad por las consecuencias de sus acciones claramente tiende a afectar su comportamiento futuro.²³

La necesidad de reinserción del victimario que resulta muchas veces marginado por causa del proceso penal y de la ejecución de la pena, es uno de los focos de la Justicia Restaurativa, en lo que es fundamental el papel de la sociedad, como se procede a explicar.

La sociedad: No existe duda que el delito genera afectaciones de carácter individual a la víctima, pero también a la comunidad, no sólo por la sensación de seguridad que se deteriora, sino por el impacto mismo que supone agredir a uno de sus integrantes. De allí la importancia de que la comunidad se involucre en la solución al conflicto y establezca canales que permitan alcanzar los fines preventivos de la Justicia restaurativa.

Cuando se logra un acuerdo restaurativo, el representante de la comunidad actúa como un validador del mismo. Pero demás, debe buscar estrategias para lograr que víctima y victimario se reintegren a la comunidad sin que sean sometidos a estigmas o prejuicios. Incluso, algunos autores estiman que otra de las funciones de la comunidad como actor de la Justicia Restaurativa, es obtener la experiencia para educar y gestionar mejor las emociones que pueden llevar a la comisión de delitos, fomentando la tolerancia, la cooperación y un lenguaje más empático.²⁴

b) Carácter voluntario:

Es esencial que la participación de la víctima y victimario en prácticas restaurativas sea voluntario, en la medida que se requiere del compromiso de cada uno de ellos en ejecutar el acuerdo que lleve a un resultado restaurativo. Señalan Rodríguez y Osorio:

Por el contrario, una solución voluntaria entre víctima e infractor, antecedida de una secuela de tratos y entendimiento entre las partes, con reconocimiento de responsabilidad, intercambio de antecedentes, vivencias y expresión directa de los efectos negativos producidos por la conducta delictiva en cada una de las partes; todo ello permite que la solución genere un real compromiso para el infractor de reparar el

²³ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –UNODC- https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_resta

²⁴ ROBLES, Adela. *El Lenguaje Restaurativo: Valoración de su poder potencial educativo contra la violencia de género.* Barcelona: Editorial Bosch, 2022. Página 106.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

daño, para la víctima una mayor certeza de que eso suceda, y para la comunidad la sincera y efectiva rehabilitación del infractor permite el fortalecimiento de las relaciones sociales, otorga mayor garantía de seguridad y sirve en la prevención del delito.²⁵

Además, la voluntad es indispensable en el enfoque restaurativo porque tratándose de una justicia que se construye por medio de los participantes, la legitimidad de la solución al conflicto se consigue en la medida que la solución sea suscrita por todos, contrario a la justicia formal, en donde la legitimidad de la solución la otorga el poder de la jurisdicción y la competencia del juez que la imparte.

c) Carácter reflexivo:

Como se indicó en precedencia, la Justicia Restaurativa requiere de la intervención de la víctima, el victimario y la sociedad. Allí, además de presentarse propuestas para la solución del conflicto, se brinda, el espacio para ventilar las causas y efectos de la conducta punible, permitiendo la reflexión por parte de sus participantes.

Dicho carácter reflexivo no se predica en forma exclusiva del procesado en el análisis sobre por qué cometió la conducta lesiva y los daños que causó a la víctima, sino también de los demás participantes. La Justicia Restaurativa también brinda a la víctima la posibilidad de reflexionar sobre los comportamientos propios que aportaron a la ejecución de la conducta que sufrió, sin que ello presuponga culparse por ello, pero si adoptar medidas correctivas en punto la de seguridad, conocimiento, rol en la comunidad, solidaridad, etc.; lo que permitirá superar el conflicto y aprovechar lo vivido para evolucionar como persona e integrante de una comunidad.

De igual forma, la sociedad debe realizar una revisión de las causas del comportamiento para determinar cuáles de ellas habrían podido gestionarse oportunamente para evitar el daño, qué alertas tempranas debieron atenderse, determinar si realmente se trata de un hecho aislado o si existe una exposición continua a dichos riesgos, entre otros aspectos que permitirán recomponer el tejido social a partir de la superación y evitación del conflicto.

25 RODRÍGUEZ, Reyler. OSORIO Eduardo. Justicia Restaurativa. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2018. Pagina 294



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

El derecho penal ha desarrollado diversas tesis sobre la finalidad preventiva de la pena de prisión, principalmente para oponerse a la finalidad retributiva absoluta. Esta finalidad preventiva se ha clasificado en especial o general, dependiendo del alcance que se pretenda estudiar: Especial cuando se analiza al sujeto que recibe la pena y estaría en capacidad de reincidir, general cuando se estudia el efecto que tiene la imposición de la sanción en la comunidad.

Frente a la prevención Especial, Roxin analiza las ideas expresadas por F. Liszt, para concluir que dicho efecto se logra cuando el sistema punitivo actúa “asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos; intimidando al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante su corrección.”²⁶ En síntesis, la pena implica encierro, intimidación y corrección como estrategia para prevenir que el agresor reincida.

De otra parte, la visión general de la prevención, planteado inicialmente por Feuerbach, es explicada por Roxin así:

“Se imaginaba el alma del delincuente potencial que había caído en la tentación como un campo de batalla entre los motivos que le empujan hacia el delito y los que se resisten a ello; opinaba que había que provocar en la psique del indeciso unas sensaciones de desagrado, que hiciesen prevalecer los esfuerzos por impedir la comisión y, de esta manera, pudiesen ejercer una “coacción psíquica” para abstenerse de la comisión del hecho. El manual de Feuerbach²⁷ contiene en el un resumen exacto de esta concepción, tanto racionalista como determinista: ‘Todas las infracciones tienen el fundamento psicológico de su origen en la sensualidad, hasta el punto de que la facultad de deseo del hombre es incitada por el placer de la acción de cometer el hecho. Este impulso sensitivo puede suprimirse al saber cada cual que con toda seguridad su hecho irá seguido de un mal inevitable, que será más grande que el desagrado que surge del impulso no satisfecho por la comisión’.

Esta doctrina, al querer prevenir el delito mediante las normas penales, constituye fundamentalmente una teoría de la amenaza penal. Pero constituye asimismo, por la acción de su efecto, necesariamente una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena, puesto que de esto depende la eficacia de su amenaza.”²⁷

26 ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General – Tomo I: Fundamentos de la teoría del delito*. Traducción de Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García y Javier de Vicente. Medir: Editorial Civitas. 1997. Página 85.

27 ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General – Tomo I: Fundamentos de la teoría del delito*. Traducción de Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García y Javier de Vicente. Medir: Editorial Civitas. 1997. Página 90.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

Entonces, pese a que de tiempo atrás se viene plateando que la imposición de la pena tiene la posibilidad de causar en la sociedad el deseo de abstención a delinquir (prevención general), ello se deriva de un análisis individual sobre las normas existentes y sanciones impuestas a otros, una ponderación entre el beneficio que se pretende con la comisión del delito frente al costo que implica el castigo. Ahora bien, de cara a la prevención especial el análisis es idéntico, solo que quien lo realiza es un delincuente que se plantea la posibilidad de reincidir.

Entonces, la base de la prevención en el sistema penal ordinario es la intimidación de un sujeto individual, bien sea que hubiese sido agresor en el pasado o que se vea tentado a cometer por primera vez una conducta punible. Por el contrario, la reflexión en la justicia restaurativa, la que realiza quien ha sido agresor, es sobre los efectos que el comportamiento tuvo para la víctima y la sociedad, sobre el daño y la alteración del orden y la paz, conciencia que se espera impacte en su comportamiento futuro. Ahora bien, la otra reflexión, la que se promueve en la comunidad, no parte del temor a la pena, sino del análisis de las causas que generaron el conflicto para evitarlas o gestionarlas oportunamente.

d) Carácter restitutivo:

El carácter pro víctima de la justicia restaurativa se concreta en la búsqueda de la reparación integral del daño causado. Rodríguez y Osorio se refieren al tema en los siguientes términos:

La restitución del daño causado en su total magnitud constituye uno de los fundamentos esenciales de la justicia restaurativa y que lo particulariza de los modelos tradicionales de justicia. Lo que se busca es la reparación integral del daño causado a la víctima, lo cual incluye no sólo la atención del daño físico y psicológico, el reconocimiento de las pérdidas materiales, sino también el adecuado acompañamiento y atención moral a la víctima.”

De igual forma el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de UNODC, señala:

“En lugar de enfatizar las reglas que se han roto y el castigo que debe ser impuesto, los métodos restaurativos tienden a enfocarse principalmente en las personas dañadas. Un proceso de justicia restaurativa no necesariamente descarta todas las formas de castigo (por ejemplo multas, encarcelamiento, libertad condicional), pero



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

se enfoca principalmente en resultados restaurativos y directos. El resultado restaurativo de la reparación, en la medida de lo posible, del daño causado por el delito, proporciona al delincuente la oportunidad de realizar una reparación significativa. La justicia restaurativa se basa en las relaciones y se esfuerza en conseguir resultados que satisfagan a un grupo amplio.

Ahora bien, en atención a esta característica de la justicia restaurativa, tenemos que entender que la reparación de las víctimas no siempre implica una compensación económica, sino que, puede acompañarse de otro tipo de actos de carácter simbólicos o de acciones tendientes a impedir que ello pueda volverse a presentar. Sobre este particular, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado, de tiempo atrás, lo siguiente:

El derecho a la reparación comporta las labores de:

- "(i) Restitución: *Devolver a la víctima su statu quo ante.*
- (ii) Indemnización: *sufragar el valor material de los perjuicios morales, materiales y de la vida en relación.*
- (iii) Rehabilitación: *Recuperar a las víctimas de las secuelas físicas psicológicas derivadas de los delitos cometidos.*
- (iv) Satisfacción: *Compensación moral orientada a restaurar la dignidad de la víctima y divulgar el contenido.*
- (v) Garantía de Irrepetibilidad: *Desmovilización, desarme, reinserción, desmonte de las organizaciones delictivas y prohibición, en todas sus formas y expresiones, de la conformación de grupos armados paraestatales y diseño de estrategias paramilitares.*
- (vi) Reparación simbólica: *Aseguramiento de la memoria histórica, aceptación pública de la comisión de delitos, perdón difundido y restablecimiento de la dignidad de las víctimas, v gr la construcción de camposantos, de monumentos o colocación de placas en sitios especiales.*
- (vii) Reparación colectiva *recuperación sicológica y social de las comunidades victimizadas.*²⁸



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

Todos estos aspectos se persiguen por medio de la Justicia Restaurativa, de forma tal que la víctima pueda por medio de ellos satisfacción a sus necesidades de justicia. Como se indicó páginas atrás, la verdad, encontrar su narrativa sobre los hechos, son aportes fundamentales al restablecimiento de derechos de la víctima, las compensaciones económicas y simbólicas, el ofrecimiento de excusas, las medidas adoptadas para que evitar la repetición, son los elementos que permiten a la víctima retornar a la sociedad superando el daño que le fue causado.

e) Carácter humano.

La Justicia Restaurativa surge como una respuesta ante la vulneración de derechos humanos que implica el enfoque restaurativo absoluto y los problemas existentes en los países en cuanto al acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Si bien la mayoría de países mantienen la gratuidad de la justicia penal, instituciones de defensoría pública y algunos entes administrativos que actúan como receptores de denuncia, etc., es claro que muchas veces el acceso universal en condiciones de igualdad termina siendo una utopía. Birghin y Gherardi afirman:

Si el acceso a la justicia en condiciones de igualdad sustantiva puede ser una idea difícil de alcanzar, es preciso establecer un mínimo aceptable. En la búsqueda de ese consenso y en la implementación de las estrategias necesarias deberán trabajar coordinadamente los tribunales de justicia, las agrupaciones de abogados, las facultades de derecho, los operadores de justicia, y los servicios públicos y privados de asesoramiento y patrocinio jurídico gratuito.

*Un concepto amplio de acceso a la justicia debe iluminar esta discusión. El valor justicia excede a la judicialización, que muchas veces es enemiga de aquella*²⁹

Desde una visión crítica, Escallón plantea:

*Si bien el declinamiento de la justicia retributiva está en auge en todo el mundo, el sistema carcelario está en crisis, el populismo punitivo es cada vez mayor, así como el olvido de las víctimas; la idea del panóptico y de la vigilancia a partir del castigo es una idea que nos impusieron con la colonización, la misma que nos llevó a transitar por los indeseables caminos del subdesarrollo y de la vulnerabilidad. El acceso a la justicia como derecho, y la justicia misma como valor social se han posicionado estratégicamente desde esa falsa idea utilitarista de "tener lo que se merece."*³⁰

29 BIRGIN, Haydeé. GHERARDI, Natalia. *La Garantía de Acceso a la Justicia: Aportes empíricos y conceptuales*. México CDM: Editorial Fontamara, 2012. Página 39.

30 <http://www.iidejure.com/justicia-restaurativa-y-derechos-humanos-redundancia/Referencia>



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

En efecto, la idea de que todos los conflictos sociales deben llegar a los tribunales de justicia y permanecer allí hasta que se imparta una sentencia, es una visión limitada del derecho de acceso a la justicia. La Justicia Restaurativa, es justicia, así no sea impartida por el juez o magistrado, es una forma de justicia que garantiza los derechos y la dignidad humana. De hecho, nada puede ser más humano que permitir a los sujetos involucrados expresarse sobre sus necesidades de justicia y buscar en el acuerdo la solución a los conflictos.

La idea misma de que las prácticas restaurativas tiene la posibilidad de generar condiciones de reingreso a la sociedad de parte de víctima y victimario, permite entender la exaltación que se hace de la dignidad humana, en la medida que no se resigna a creer que hay quienes debe estar excluidos, apartados y separados de un entorno social. En ese sentido, el carácter humano de la justicia restaurativa se concreta en tres aspectos: en primer lugar (i), en la medida que amplía el concepto de acceso a la justicia, más allá de los estrados judiciales; en segundo lugar (ii), porque consulta las necesidades de justicia de las partes; y tercero (iii) porque propende por reintegrar víctimas y victimarios a su comunidad.

2.3 Finalidades de la Justicia Restaurativa

Una vez son comprendidas las características de la Justicia Restaurativa, resulta sencillo entender sus finalidades, las cuales se engloban en la categoría, encontrar una solución al conflicto. Veamos:

- a) El primero de los fines que debemos señalar es el de responsabilizarán, entendiendo por ello la aceptación del agresor sobre las circunstancias en que se produce el daño, la realización del mismo y sus efectos, como punto de partida para el restablecimiento integral de los derechos de las víctimas.
- b) En segundo lugar, la Justicia Restaurativa busca enmendar el daño causado a la víctima, por medio de acciones ejecutadas por el agresor. Zehr, explica:

Enmendar el daño implica reparar, restaurar o recuperar; pero muchas veces estas palabras que empiezan con "re" son inadecuadas. Cuando se ha causado un daño grave, no es posible repararlo o volver al estado anterior. Tal como me dijo Lynn Shiner, madre de dos hijos asesinados: 'Una construye, crea una nueva vida. Me quedan unos retazos de mi vieja vida que he podido incorporar'.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

El proceso de sanar a una víctima puede verse fortalecido si un ofensor actúa para enmendar el daño causado, ya sea de manera concreta o simbólica. Sin embargo, muchas víctimas miran con desconfianza el término “sanación”, porque parece referirse a un proceso de carácter definitivo y final. Recorrer ese camino es tarea exclusiva de las víctimas—nadie lo puede hacer por ellas—; pero un esfuerzo por enmendar el daño puede ayudar en el proceso, aunque nunca podrá restaurar totalmente a la víctima.

En efecto, no en todos los casos la compensación del dinero permite el restablecimiento de derechos o la reparación de las víctimas, por tanto se requiere que analizar la mejor forma de enmendar lo que le ha ocurrido a la víctima. El pago de dinero es una forma de lograr esta finalidad, pero existen acciones por parte del agresor que en muchos casos pueden resultar más pertinentes o adecuados, como el ofrecimiento de excusas, reparaciones simbólicas, la construcción de una narrativa sobre lo ocurrido, las acciones en beneficio de la comunidad a la que pertenece la víctima, entre otras. En todo caso, se debe tratar de formas aceptadas por la víctima de cara a satisfacer su necesidad de justicia.

c) Tratar las causas del daño: En muchos casos la Justicia Restaurativa resulta útil para el tratamiento de las causas del daño, especialmente cuando se deben a circunstancias a las que ha llegado el agresor por ignorancia, el escalamiento de un conflicto, sesgos o malos hábitos. Al respecto, es importante tener en cuenta que los ofensores “*tienen la obligación de tratar causas de su comportamiento, pero generalmente no pueden hacerlo solos. Puede haber obligaciones de mayor alcance que trascienden a las de los ofensores; por ejemplo, las injusticias sociales y otras condiciones que engendran el crimen o crean condiciones de inseguridad. Además de los ofensores, muchas veces hay otras partes que también tienen responsabilidades en el asunto: las familias, la comunidad y el conjunto de la sociedad.*”

Un ejemplo de lo anterior serían los delitos asociados a la discriminación, bien sea por razones de género, nacionalidad o raza, en donde, probablemente, el actuar del agresor esté asociado a ignorancia o prejuicios adquiridos en su vida. La Justicia ordinaria puede juzgar el hecho, imponer una sanción y recluir al delincuente que ejecuta el acto, en ejercicio claro de la finalidad retributiva de la pena. Por el contrario, en el curso de una práctica restaurativa podría establecerse como una de las obligaciones del victimario, adelantar cursos o actividades que le permitan romper con la ignorancia o prejuicio que lo llevaron a generar el conflicto.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

d) Finalmente una de las finalidades más importantes de la justicia restaurativa es que los extremos del conflicto, víctima y victimario perciban al otro como un ser humano sujeto de derechos y obligaciones, pero también a sí mismos en la misma categoría.

Lo pretendido es que después de pasar por el velo de la Justicia Restaurativa, sea consciente de los derechos que negó cuando conoció el hecho punible, pero también que su condición de persona, entienda que existen una serie de salidas distintas al delito.

3. JUSTICIA TERAPÉUTICA

Dentro de las tres formas de justicia que se pretende revisar, la Terapéutica es la que menos desarrollo ha tenido. Incluso en nuestro medio resulta todavía desconocida para muchos abogados, siendo una temática absolutamente inexplorada en algunos ámbitos. Al parecer, la expresión “terapéutico” ha alejado a los abogados del estudio de esta forma de justicia, a lo mejor creyendo, equivocadamente, que se trata de un tema médico, psicológico o de otra disciplina semejante.

Contrario a esa errada creencia, la Justicia Terapéutica es en esencia un estudio legal, que si bien se vale de algunos conceptos interdisciplinarios –como muchas otras cosas en derecho-, debe ser parte del conocimiento del abogado y del funcionario encargado de administrar justicia. Al respecto, podemos tomar como punto de partida dos definiciones: la de Slobogin que define la Justicia Terapéutica como el “*uso de las ciencias sociales para estudiar en qué medida una norma o práctica legal, promueve el bienestar psicológico o físico de las personas a las que afecta*”; o la de Osuna, que señaló que era “*la rama del derecho que estudia las consecuencias negativas y positivas que el derecho positivo, los procedimientos y las conductas desplegadas por los actores legales pueden causar en el bienestar emocional de las personas*”³¹.

Entonces, si la Justicia Terapéutica busca estudiar los efectos del ordenamiento jurídico en las personas, es absolutamente necesario que ello sea estudiado y aplicado por profesionales del derecho, para que las resoluciones de problemas jurídicos se adopten tomando en cuenta el bienestar de las personas. Naturalmente esto lleva a un cambio en la forma

³¹ COBO, Sofía. OSUNA, Luis. PILLADO, Esther. *La Justicia Terapéutica en el Proceso Penal: Breve estudio comparado en México y España*. México CDM: Instituto Nacional de Ciencias Penales. 2021. Página 163.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

de entender el derecho, pues en el pensamiento tradicional retributivo, el objeto de estudio está centrado en la adecuación de los supuestos fácticos a preceptos legales; mas no en analizar las condiciones en que la norma será aplicada para buscar el mayor bienestar a las partes.

Por ello, debemos entender que la Justicia Terapéutica está estrechamente ligada al principio *pro homine*, en la medida que propone que la aplicación de la norma se debe realizar a partir de la interpretación que más beneficie al ser humano, lo que muchas veces implica hacer valoraciones extensivas del texto legal, acudir a principios generales, normas internacionales, etc. Osuna, explica que este método de interpretación implica “privilegiar, optar, seleccionar, favorecer, tutelar y aplicar la norma, procedimiento o práctica legal que cause menos consecuencias negativas (antiterapéuticas) y más positivas (terapéuticas) en el bienestar emocional de las personas. En esa misma línea, en caso de que la norma permita más de una interpretación, el intérprete debe decidir por aquella que resulte más terapéutica, siempre y cuando no trastoque los fines últimos de la norma ”.³²

Dicho lo anterior, es importante analizar algunas manifestaciones de la justicia terapéutica dentro del proceso ordinario, que podrán servir como ejemplo para entender su aplicación.

3.1. Justicia Terapéutica y dirección de actos procesales

No hay duda que los sistemas procesales ordinarios han alcanzado una preocupante crisis en punto del derecho de acceso a la justicia y prevención de la reincidencia, motivo por el que genera una pérdida de confianza de los ciudadanos en algunos sectores de la administración de justicia. Cobo, describe la problemática en la siguiente forma:

“Según la Conferencia de Ministros de los Países Iberoamericanos (COMJIB), algunas de las características por las que los sistemas de justicia penal en la región se encuentran en crisis obedecen a las siguientes problemáticas:

1. Falta de confianza de la ciudadanía.
2. Discriminación al momento de juzgar.
3. Ausencia de soluciones rápidas (principalmente en delitos de bajo impacto)

³² COBO, Sofía. OSUNA, Luis. PILLADO, Esther. La Justicia Terapéutica en el Proceso Penal: Breve estudio comparado en México y España. México CDM: Instituto Nacional de Ciencias Penales. 2021.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

4. *Falta de independencia*
5. *Mala articulación entre los operadores del sistema de justicia*
6. *Ausencia de capacitación para perseguir eficazmente los delitos.*³³

De allí la necesidad de comenzar a explorar nuevas tendencias en la administración de justicia. Si bien es cierto que la implementación de algunos modelos de justicia requiere modificar la ley procesal, la Justicia Terapéutica no requiere necesariamente de ello para poner en funcionamiento sus principales postulados.

Las actuaciones procesales que se adelantan en los despachos judiciales (presencial o virtualmente) no sólo tienen por finalidad el impulso de los trámites jurisdiccionales para poder adoptar una sentencia que resuelva el conflicto. La actuación procesal, y por esa vía el escenario en donde se realizan, es el punto de encuentro entre las partes, y de las partes con el Juez, para verificar el cumplimiento del debido proceso, la dignidad humana, el acceso a la administración de justicia, el derecho de defensa, entre otras garantías. En ese marco, la capacidad de influencia del juez sobre los comportamientos, sentimientos y decisiones de los ciudadanos es altísima, lo que fue expresado por Osuna, así:

Los comportamientos de los jueces, nos guste o no, tienen efectos más allá de los legales, pueden generar estrés, ansiedad, pueden potencializar una enfermedad preexistente, pueden influir en la toma de decisiones personales y profesionales de quienes los rodean, pueden incluso impactar en la decisión del voto ciudadano y sobretodo alterar el respeto y cumplimiento voluntario de los ciudadanos hacia las leyes. Por ello, es deber del Juez estar consciente del impacto que, incluso su tono de voz, su lenguaje, su vestimenta, pero especialmente su comportamiento, tiene en los ciudadanos, impacto que puede ser positivo o negativo y que incluso puede provocar un efecto dominó en la misma sociedad, para bien o para mal.

En ese sentido, la tarea del juez no se limita a la aplicación del derecho procesal y sustancial, sino también a expresar en forma adecuada los criterios de justicia que soportan sus decisiones, las cuales debe trasmitir en forma empática para generar confianza, credibilidad y legitimidad en los destinatarios de las mismas. Para ello, es fundamental que los jueces y magistrados desarrollen competencias como la escucha activa, comunicación efectiva, protocolos de comunicación con grupos minoritarios o vulnerables, mediación y conocimientos básicos de otras disciplinas como la psicología.

³³ COBO, Sofía. OSUNA, Luis. PILLADO, Esther. *La Justicia Terapéutica en el Proceso Penal: Breve estudio comparado en México y España*. Mexico: Instituto Nacional de Ciencias Penales. 2021



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

Lo que se pretende es que el juez o magistrado tenga las competencias necesarias para comunicarse asertivamente con las partes, atendiendo a las circunstancias particulares de cada una de ellas, superando el lenguaje técnico que debe contener la decisión, para aterrizarla a una forma en que los destinatarios de la misma se sientan parte de ella. Pillado ha señalado al respecto:

El Juez debe aprender a interactuar con las partes, evitando los tecnicismos y utilizando un lenguaje sencillo para hacerse comprender por ellas y también para llegar a entender el auténtico problema que debe ser resuelto a través de su sentencia.

Otro tanto debe decirse del Ministerio Fiscal que debe actuar de acuerdo con los principios propios de la TJ dentro del proceso judicial en cuanto él podrá instar la derivación ante el juez, además de dar su conformidad a la que él mismo proponga, para lo que deberá atender a las circunstancias de las partes³⁴.

Adicionalmente, una de las características esenciales de la Justicia Terapéutica es su visión multidisciplinaria, en la medida que entiende que la ciencia jurídica no debe estar aislada de las demás disciplinas sociales, que le aportan para lograr el bienestar de las personas. De allí que la formación jurídica y judicial se ocupe de ello, profundizando en conocimientos extralegales y contando con la asesoría que requieren las jurisdicciones especializadas como el sistema penal ordinario y de adolescentes.

3.2. Justicia Terapéutica y sentencia

Cuando se tiene la dignidad humana como principio rector de la administración de justicia, es claro que las decisiones judiciales no se limitan a hacer un ejercicio de adecuación normativa. Por el contrario, se hace un análisis en punto de garantía de derechos, que permita al juez escoger la interpretación legal que mayor protección jurídica brinde a las partes. Según Osuna:

Para que los principios de la Justicia restaurativa progresen en los sistemas legales, lo más importante es analizar (leyes, prácticas y conductas) e identificar (consecuencias terapéuticas y anti terapéuticas), y crear un punto de inflexión. La Justicia Terapéutica nace en ese momento donde el operador jurídico se detiene y dice: esta conducta o situación produce consecuencias negativas en el bienestar emocional de tal persona ¿es posible minimizarla, o bien,

³⁴ COBO, Sofía. OSUNA, Luis. PILLADO, Esther. *La Justicia Terapéutica en el Proceso Penal: Breve estudio comparado en México y España*. Mexico: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2021



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

al detectar un efecto terapéutico buscar caminos para maximizar su efecto. Antes de aplicar una ley u ordenamiento legal, antes de iniciar un procedimiento, antes de realizar cualquier acción u omisión dentro y fuera de un proceso, las autoridades, los jueces, los abogados y demás operadores del derecho deben detenerse, hacer una especie de toma de conciencia y preguntarse:

¿Lo que voy a aplicar, el procedimiento que voy a utilizar, la acción o la omisión que tengo en frente a mí, mi decisión? ¿qué tipo de consecuencias produce a corto, mediano y largo plazo? ¿son terapéuticas o anti terapéuticas? ¿esas consecuencias y conductas son deseables, son acordes al fin legal que en principio la ley y yo como operador de la misma estoy buscando?

De acuerdo a lo anterior, el razonamiento del funcionario judicial debe ampliarse para reflexionar sobre los efectos que tendrá para las partes el procedimiento que se adelante y la decisión que será adoptada, tratando de disminuir los aspectos negativos y fomentar los positivos. A modo de ejemplo: la decisión sobre la aplicación de la pena privativa de la libertad o la concesión de subrogados, es viable que se apliquen criterios de orden terapéutico, cuando internar a la persona en un centro carcelario no resulte necesario, pero su aplicación sí genere riesgos negativos para el sentenciado. En ese momento, el juez debe tener la capacidad de extraerse del contenido literal de la norma, para tratar de imaginar qué pasaría en caso de imponer una sanción privativa de libertad, obteniendo así los argumentos que le permitan sustentar su decisión.

De igual forma, la etapa de ejecución de la sanción es un espacio en donde la Justicia Terapéutica es determinante, por los efectos negativos de la prisionalización. De allí que los programas de resocialización, preparación para la libertad y trabajo y estudio, no se desarrollen pensando únicamente en ofrecer alguna actividad que permita mantener ocupados a los sentenciados y redimir pena, sino para promover la independencia y productividad que se ve afectada con el tratamiento penitenciario. Cobo ha indicado que al momento de conformar la lista de actividades que serán ofrecidas al privado de la libertad, es necesario *"incluir en todo momento las necesidades, preferencias y capacidades de la persona a fin de que el plan de actividades, abone hacia una reinserción social positiva, resguardando en todo momento los derechos humanos de las personas sentenciadas"*³⁵.

³⁵ COBO, Sofía. OSUNA, Luís. PILLADO, Esther. *La Justicia Terapéutica en el Proceso Penal: Breve estudio comparado en México y España*. Mexico: Instituto Nacional de Ciencias Penales. 2021



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

Algo similar ocurre con la decisión que se adopta sobre los permisos administrativos, beneficios en punto de trabajo extramural o libertad del procesado, los que deben ser resuelto a partir de criterios terapéuticos que revisen los efectos positivos que ello tendría para el procesado. Esto es, analizar las capacidades del sentenciado para regresar a la comunidad, la forma en que debería darse ese retorno y el momento, dentro de lo cual podría el juez imponer ciertas condiciones que potencien el efecto positivo en el condenado.

3.3. Justicia Terapéutica y principio de oportunidad

La razón de ser del principio de oportunidad está estrechamente ligado a los fines y características de la Justicia Terapéutica, lo que resulta evidente con analizar algunos de los criterios que justifican la existencia del principio de oportunidad, explicados por Forero R., así:

c) *Evitar los efectos criminógenos de las pernas cortas privativas de la libertad: Cuando estamos ante conductas punibles de escasa gravedad, las penas cortas de carácter privativo o restrictivo de la libertad, suelen tener efectos criminógenos negativos sobre el delincuente.*

d) *Conseguir la rehabilitación del delincuente mediante el sometimiento voluntario a un proceso de readaptación, a cuyo cumplimiento efectivo queda condicionado el sobreseimiento por motivos de oportunidad.*

Este realmente es el origen de la denominada suspensión del procedimiento a prueba, según la cual, la Fiscalía podrá suspender el proceso penal por un periodo, que no sea superior a tres años, y determinará algunas condiciones que debe cumplir el imputado durante ese periodo. Dentro de esas condiciones normalmente se encuentran:

Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas.

Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad.

Manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.

Reparación integral de la víctima.



De acuerdo a lo anterior, las causales por las cuales se puede suspender el procedimiento a prueba en virtud del principio de oportunidad, deben aplicarse con fundamento en criterios terapéuticos, buscando la respuesta procesal que más beneficios traiga para las partes y menos efectos innecesarios la procesado. En palabras de Cobo:

Al aplicar el principio de oportunidad, el Ministerio Público deberá tomar en cuenta la perspectiva de Justicia Terapéutica, al considerar a la persona por encima de los fines relacionados con el derecho penal simbólico, por lo cual, este principio es coincidente con los principios de la Justicia Terapéutica, humanizando la ley, reduciendo los efectos negativos del proceso penal en el imputado, su familia, (estigmatización) y en la víctima (evitando la victimización secundaria) a fin de que se vean satisfechas las pretensiones de los sujetos procesales resguardando sus derechos y garantías. La aplicación de los criterios de oportunidad sólo puede lograr esta finalidad cuando la autoridad encargada de aplicarlos se fundamenta en razones objetivas, libres de discriminación y valora las circunstancias especiales de cada caso.

En ese orden de ideas, es necesario que la valoración del principio de oportunidad trascienda al contenido de la norma y verifique cual sería el efecto que la decisión de suspender el proceso traería para las víctimas y procesado.

3.4 Justicia Terapéutica y Medicación

La mediación no sólo es una de las prácticas reconocidas en materia de la Justicia Restaurativa, es también una de las herramientas principales de la Justicia Terapéutica, en la medida que atiende las necesidades de justicia de cada uno de los participantes para encontrar la solución al conflicto. Es por ello que Pillado ha señalado:

(...) Una de las grandes diferencias entre el proceso tradicional y el proceso terapéutico, es el hecho de que el proceso judicial está orientado al caso, mientras que el segundo se orienta a las necesidades, y por tanto, será preciso conocerlas.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

En coherencia con ello, el juez debe en primer término, valorar si procede derivar el asunto a mediación, para lo que será necesario no sólo un conocimiento completo del objeto del proceso, sino también quienes son las partes involucradas en el asunto y las circunstancias que les rodean a efectos de evaluar la conveniencia de la mediación; en ese sentido, es esencial que el juez comprenda el funcionamiento de la mediación penal en cuanto encuentro restaurativo entre víctima y victimario, sobre todo para evitar los efectos negativos que puedan derivar para las partes, en especial, las víctimas.³⁶

Adiciona a lo anterior, es importante que el juez mantenga la disposición de revisar continuamente la posibilidad de que el asunto pueda ser atendido por medio de una práctica restaurativa, pues si bien es cierto en un primer momento pueden no estar dadas las condiciones para ello, es posible que en el curso del proceso las circunstancias cambien y se pueda adelantar una mediación entre las partes.

³⁶ COBO, Sofía. OSUNA, Luis. PILLADO, Esther. *La Justicia Terapéutica en el Proceso Penal: Breve estudio comparado en México y España*. Mexico: Instituto Nacional de Ciencias Penales. 2021



II. PRÁCTICAS RETAURATIVAS Y PROGRAMAS DE JUSTICIA TERAPÉUTICA

1. PRÁCTICAS RETAURATIVAS

Atendiendo a las características de la Justicia Restaurativa, sus prácticas podrían definirse como acciones formales e informales, donde dos o más personas que se encuentran inmersas en un conflicto, con la ayuda de un facilitador y en ejercicio de la autonomía de su voluntad, buscan un resultado que restablezca los derechos de los afectados, reparare integralmente los daños causados y definan condiciones para evitar la repetición de las conductas generadoras del conflicto.

Las prácticas restaurativas no son exclusivas del ámbito penal, ni son respuesta sólo para conflictos que constituyen delito. Se utilizan también en ámbitos escolares, laborales o de los negocios, lo cual resulta además recomendable para gestionar los conflictos humanos antes de que escalen a convertirse en conducta punible. No obstante, es el derecho penal donde más han encontrado desarrollo normativo y teórico. No obstante, no es fácil caracterizar o en listar las prácticas restaurativas.

Debido al contenido restaurativo que se ha reconocido a múltiples ceremonias, prácticas o procedimientos ancestrales, así como a escenarios informales de ciertas comunidades para resolver o gestionar conflictos, es muy complejo hacer una lista taxativa de prácticas restaurativas que pueda excluir algunas existentes pero no documentadas.

De hecho, existe cierta discusión si es posible crear, a partir de ciertas características generales de la Justicia Restaurativa, definiciones o reglas sobre cómo se deben gestionar las prácticas restaurativas, pues siendo un escenario no formal ello podría limitar su ejercicio. No obstante, algunos autores han realizado algunas clasificaciones a partir de las características de las prácticas restaurativas, dependiendo de la forma de interacción entre los participantes, identificando las conferencias víctima-ofensor, las conferencias familiares y los círculos, no obstante, se reconoce que cada vez es más difícil mantener estos modelos como independientes, pues en su desarrollo se han venido entre mezclando³⁷.

37 ZEHR. Howard. Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa. CEMTA: 2010. página 55.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

Con la única finalidad de dar a conocer algunas prácticas restaurativas que tienen respaldo teórico y evidenciar la materialización de las características indicadas en la unidad anterior, se realiza la siguiente lista, dejando en claro que no se trata de una lista taxativa, sino enunciativa.

1.1. La Mediación

El término mediación ha sido utilizado en muchos casos para como sinónimo de Justicia Restaurativa, lo que resulta errado en la medida que se trata simplemente una serie de actividades coordinadas que se desarrollan de conformidad con los presupuestos de la Justicia Restaurativa, pero que no la abarca en su totalidad. En la búsqueda de una definición para el concepto no podemos dejar de lado la que propone nuestro Código de Procedimiento Penal, que en el artículo 523 establece lo siguiente:

Mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta.

La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón.

Por su parte, Roldan ha indicado que se trata de “*la interacción entre víctimas y agresores, con la asistencia de un tercero, el cual facilita el arreglo del conflicto de una manera no punitiva en función de los deseos y sentimientos de las partes*”³⁸; mientras que Barrio, señala que “*es un proceso que se caracteriza por un encuentro de cara a cara entre víctima y victimario, con la ayuda de un mediador, a través del cual busca dialogada y pacíficamente un acuerdo de reparación que solucione el conflicto emanado del delito*”³⁹”

De acuerdo a lo anterior, es fácil advertir que la mediación requiere la participación de dos protagonistas, víctima y victimario. Naturalmente, el hecho de enfrentar “cara a cara” a los dos extremos del conflicto requiere de una preparación por parte del mediador, que tendrá la tarea de

³⁸ BARRIO, Rodrigo. *Justicia Restaurativa y Justicia Penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2019.
Página 66

³⁹ BARRIO, Rodrigo. *Justicia Restaurativa y Justicia Penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2019.
Página 67.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

determinar el momento en que existen condiciones para que el encuentro sea fructífero. Estas condiciones son enumeradas en el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de UNODC de esta forma:

Es más probable que el proceso de mediación alcance todos sus objetivos si las víctimas y los delincuentes se reúnen cara a cara, puedan expresar sus sentimientos directamente y desarrollen un nuevo entendimiento de la situación. Con la ayuda de un facilitador capacitado, pueden llegar a un acuerdo que ayude a ambos a proporcionar un cierre para el incidente. De hecho, el facilitador normalmente se reúne con ambas partes antes de una junta cara a cara y puede ayudarles a prepararse para este evento. Esto se realiza para asegurarse, entre otras cosas, de que la víctima no sea víctima por segunda vez a raíz del encuentro con el delincuente y de que el delincuente reconozca la responsabilidad por el incidente y sea sincero en querer reunirse con la víctima.

(...)

Hay tres requisitos básicos que deben ser satisfechos antes de poder utilizar una mediación víctima-delincuente:

- *El delincuente debe aceptar o no negar su responsabilidad por el delito;*
- *Tanto la víctima como el delincuente deben estar dispuestos a participar;*
- *Tanto la víctima como el delincuente deben considerar si es seguro participar en el proceso.”*

En el documento denominado “Promover la justicia restaurativa para las niñas, niños y los adolescentes”, de la Oficina el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas del año 2013, se presenta un resumen general de lo que podrían ser los pasos de una mediación.

La mediación entre la víctima y el infractor procura ante todo la reconciliación entre estas partes, y el proceso de mediación se centra en ellas. El modelo requiere en primer lugar que el infractor y la víctima reconozcan sus papeles respectivos en la infracción y acuerden voluntariamente participar en el proceso. Se celebran sesiones previas, dirigidas por un facilitador, con la víctima y con el infractor para evaluar las cuestiones que se debatirán durante la mediación. La víctima y el infractor se reúnen en un entorno seguro y estructurado, en el que pueden discutir o dialogar, con la mediación de un facilitador capacitado a tales fines. Esto otorga a la víctima la oportunidad de describir la manera en que la afectó la infracción, y cómo vivió esta



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

experiencia. El infractor también tiene oportunidad de relatar su versión de la transgresión, así como de dar a conocer sus circunstancias personales. Este proceso permite que al infractor "conozca el impacto de su infracción". Juntos, la víctima y el infractor elaboran un "plan mutuamente aceptable para resolver el daño provocado⁴⁰.

Esto es lo que algunos autores caracterizan en etapas de (i) Pre-negociación cuando se da el primer contacto entre las partes, a partir de reuniones separadas con cada uno de los extremos del conflicto; (ii) recopilación de información sobre el problema, las necesidades de las partes, puntos que requieren atención; (iii) fijación de las reglas el juego de común acuerdo, que tienen la finalidad de crear confianza entre las partes; (iv) reformulación de las incompatibilidades, que supone acercar las partes para hacer menores las diferencias; y (v) elaboración de propuestas y acuerdo que serán fijados en los compromisos a cumplir.⁴¹

En ese orden de ideas, el rol del mediador no es pasivo, no se trata simplemente de una persona que busca acercar diferencias entre las partes, sino que toma el control del proceso para determinar aspectos tan trascendentales, como el momento en que se deba dar el encuentro entre víctima y victimario.

Adicionalmente, teniendo en cuenta lo complejo que puede ser el encuentro entre víctima y victimario, la doctrina ha reconocido dos formas en que este se puede presentar. Barrio, señala que el encuentro puede darse de forma directa, cuando víctima e infractor están en el mismo lugar y son ellos mismos los que comparten el dialogo. Es la forma más clara de representación del encuentro cara a cara, que si bien es cierto constituye la forma más común y más deseable, en algunos casos puede presentar dificultades de punto de seguridad y desconfianza mutua. De otra parte, el encuentro es indirecto, bien por no estar las partes en el mismo lugar físico, o por no referirse el uno al otro directamente. Este encuentro indirecto, ocurre con alguna frecuencia cuando existió violencia muy marcada o relaciones de poder⁴².

40 Organización de Naciones Unidas – ONU. Página 14. 2013. <https://violenceagainstchildren.un.org/file/2183/download?token=CzRymCHx>

41 ROBLES, Adela. *El Lenguaje Restaurativo: Valoración de su poder potencial educativo contra la violencia de género*. Barcelona: Editorial Bosch, 2022. Página 166.

42 BARRIO, Rodrigo. *Justicia Restaurativa y Justicia Penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2019. Página 67



1.2. Conferencias Familiares y Comunitarias

De acuerdo con el documento “Promover la justicia restaurativa para las niñas, niños y los adolescentes”, de las Naciones Unidas del año 2013, las conferencias de grupos familiares tiene origen en Nueva Zelandia en 1989 en casos de niños infractores, siguiendo la tradición de la cultura Maorí de celebrar consejos o conversaciones grupales para tomar decisiones y solucionar conflictos, bajo el concepto de responsabilidad colectiva.

Se trata de una práctica que pretende desarrollar el enfoque restaurativo a partir de la reflexión sobre las causas del delito y la responsabilidad colectiva sobre dichas causas. Por ejemplo, analizando las circunstancias de educación, carencias o falta de cuidado sobre un menor de edad que termina ejecutando un comportamiento delictivo.

Se trata de un ejercicio plurisubjetivo, que a diferencia de la medicación, no limita el acceso a víctima y victimario, sino que abre la puerta para que familiares o representantes del grupo social o comunidad a la que pertenecen los dos extremos del conflicto, ingresen a participar activamente. Por ello, este tipo de práctica se debe utilizar en los casos en que las causas que llevaron a la agresión o delito están asociadas a circunstancias producidas al interior del grupo familiar o social al que pertenece la víctima o el victimario; y cuando el daño causado produce efectos que trascienden la órbita individual de la víctima.

El proceso de reflexión en este caso implica el compromiso del grupo social o familiar de atender aquellas circunstancias que favorecieron la ocurrencia del daño, sin que ello excluya la aceptación de responsabilidad del victimario, elemento primordial de este tipo de prácticas. Así mismo, las reparaciones a las que hubiese lugar también pueden estar dirigidas al grupo familiar o social, especialmente en lo referente a las excusas privadas o públicas, el deber de decir la verdad y las indemnizaciones simbólicas.

La efectividad de este tipo de práctica ha sido explicada por Barrio así:

Numerosas ha sido las prácticas exitosas en Nueva Zelanda desde su impulso a finales de los años 80 e inicios de los años 90. No obstante en los años 1990 y 1991 la mitad de los jóvenes se sintieron involucrados en la decisión. Aunque es verdad que la otra mitad sintieron su voluntad limitada por la de sus familiares, superando así la actitud pasiva que la mayoría de ellos sufre al acudir ante la corte o Tribunales. Esto genera un alto grado de satisfacción y reducción de la reincidencia en un 85% de los jóvenes infractores partícipes en el proceso, mientras que el 60%



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

de las víctimas sentía satisfacción por haber recibido ayuda gracias a la conferencia. El contrapunto a todo ello es que parte de las víctimas también consideraban que el sistema fracasa en muchos procesos por el poco interés que suele mostrar el ofensor y sus familiares en reparar y así con el escaso arrepentimiento real existente por el acto delictivo.

De otra parte, en cuanto a su procedimiento, es importante tener en cuenta tres etapas fundamentales: (i) en primer lugar está la preparación, en donde el facilitador verificará la conveniencia y necesidad de realizar este tipo de práctica, comunicando a la víctima y al victimario la realización de la misma, así como a los integrantes o representantes del grupo familiar o de la comunidad que se estima pertinente que participen. Dicha selección resulta fundamental, pues dichos representantes no obedecen a una asignación jurídica que les otorgue la condición (Alcalde, representante legal, presidente), sino a su representatividad como líder en el entorno al que pertenece.

En segundo lugar (ii), esta la fase de encuentro, en donde resulta trascendental la selección del espacio y facilidad para acoger a los integrantes de la conferencia. Robles describe las etapas que deben adelantarse en estas prácticas:

Fase 1. Los participantes responden preguntas abiertas y el victimario explica, cómo se involucró en el conflicto, a la vez que los demás participantes explican cómo se han visto afectados, posteriormente, se le pregunta al victimario si tiene algo que decir al respecto.

Fase 2. En esta fase se hace la negociación del acuerdo de reparación, para lo cual el facilitador le pregunta a la víctima qué desea con la conferencia, lo que abre espacio para la restitución o sanción restaurativa.

Fase 3. Una vez alcanzado el acuerdo se pasa por un periodo informal, en el que se sirven refrigerios y se promueve la reintegración, lo que constituye una parte importante de la conferencia comunitaria.⁴³

En tercer lugar (iii) está la fase de seguimiento al plan reparador, actividad en la que deberá participar el facilitador, para verificar el cumplimiento de las acciones reparadoras que fueron asumidas por los participantes, lo que deberá quedar registrado en su informe.

⁴³ ROBLES, Adela. *El Lenguaje Restaurativo: Valoración de su poder potencial educativo contra la violencia de género*. Barcelona: Editorial Bosch, 2022.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

1.3. Círculos de sentencia

Se trata de una práctica de Justicia Restaurativa que parte de la existencia de una decisión judicial en la que el agresor ha aceptado los cargos y fue sentenciado o está al portas de serlo. Normalmente se trata de un grupo abierto, en donde cualquier persona, así no pertenezca al círculo cercano de la víctima o del victimario, puede intervenir activamente. Se trata de ventilar los sentimientos, emociones y pensamientos respecto del hecho que fue sentenciado, por parte de todos.

El nombre de esta práctica proviene de la forma en que se recomienda que se organice el grupo, de suerte que puedan mirarse entre sí. También es importante que las palabras se utilicen en forma respetuosa, protegiendo los derechos y sentimientos de todos los integrantes, motivo por el que se suele utilizar por el facilitador algún elemento que permita identificar la persona que tiene el uso de la palabra. Así, solo podrá hablar quien tenga el elemento y bastará con que el facilitador lo retire en caso de que no se esté utilizando un lenguaje restaurativo.

De acuerdo al Manual para los Programas de Justicia Restaurativa de ONUDC, el objetivo común es identificar la forma más constructiva de responder al conflicto, integrando la mayor cantidad de voces que desde distintos sectores expresen sus necesidades de justicia frente a un hecho ocurrido y que no a todos impactó por igual. Las etapas que identifica el Manual para esta práctica, son:

"Etapa 1: Determinar si el caso específico es adecuado para un proceso circular

Etapa 2: Preparar a las partes que participan en el círculo

Etapa 3: Buscar un acuerdo consensual en el círculo

Etapa 4: Proporcionar seguimiento y asegurarse de que el delincuente se apegue al acuerdo"

Como se puede ver, en este tipo de práctica el facilitador tiene un menor protagonismo respecto de las otras analizadas, en la medida que no existe un diálogo previo y privado con las partes. No obstante, si debe tener especiales competencias en el manejo del público, pues debe obrar como moderador.

1.4. Paneles restaurativos

El panel restaurativo es una práctica enfocada en las necesidades de justicia de la víctima. Consiste en conformar un pequeño grupo de personas que debieron padecer conductas delictivas semejantes o parecidas, quienes



expresarán los hechos que los victimizaron y el impacto que ello ha generado en sus vidas. Lo que se pretende con esto es que la víctima pueda dar cierre al proceso mediante un ejercicio narrativo, donde puede haber interacción con los victimarios por medio de preguntas relacionadas.

Adicionalmente, con este ejercicio se logra “*promover la justicia ciudadana porque la comunidad está directamente involucrada en el proceso de justicia; lograr una confrontación constructiva de la comunidad y de las víctimas con los infractores; darles la oportunidad a los infractores para que estos asuman su responsabilidad respecto del daño que han causado a las víctimas y a la comunidad; e impulsar la resolución de conflictos a manos de la comunidad, para así disminuir la dependencia del proceso penal formal.*”⁴⁴

1.5. Reunión Restaurativa

Dentro del esquema de informalidad que presenta la Justicia Restaurativa, una de las experiencias o prácticas que vale la pena revisar consiste en las reuniones restaurativas, entendidas como un encuentro entre todos los que estuvieron directa e indirectamente involucrados con la agresión y sus consecuencias, es decir, víctima y victimario, con las personas que dentro de su círculo cercano se vieron afectados negativamente.

La finalidad de estas reuniones no es necesariamente encontrar acuerdos que solucionen el conflicto, incluso, en algunos casos pueden ser paso previo a una práctica que sí pretenda tal cosa. El encuentro tiene una pretensión mucho más modesta pero igualmente importante, desarrollar empatía, confianza y conformar el grupo de personas que tienen la calidad de afectados, todo ello bajo el entendimiento de todas las consecuencias lesivas ocasionadas con el delito.

Si bien es cierto que se trata de reuniones informales, esto no significa que no sean estructuradas, pues el facilitador debe seguir un guion basado en preguntas constructivas, que permitan el desarrollo del encuentro. Rodríguez y Osorio⁴⁵ proponen las siguientes preguntas:

44 ROBLES, Adela. *El Lenguaje Restaurativo: Valoración de su poder potencial educativo contra la violencia de género*. Barcelona: Editorial Bosch, 2022.

45 RODRÍGUEZ, Reyler. OSORIO Eduardo. *Justicia Restaurativa*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2018. Página 225.



Preguntas a los agresores:

- ◆ ¿Qué pasó?
- ◆ ¿Qué estabas pensando en ese momento?
- ◆ ¿En qué has pensado desde el incidente?
- ◆ ¿Quién crees que se ha visto afectado por tus acciones?
- ◆ ¿Cómo se han visto afectados?

Preguntas a las víctimas y grupo cercano:

- ◆ ¿Cuál fue tu reacción al momento del incidente (o al momento en que te enteraste del incidente)?
- ◆ ¿Cómo te sientes con respecto a lo que pasó?
- ◆ ¿Qué ha sido lo más difícil para ti?
- ◆ ¿Cómo reaccionaron tu familia y amigos cuando se enteraron de lo ocurrido?

Finalmente, se debe preguntar a la víctima cual quiere que sea el resultado de la reunión y dependiendo de ello se procede en consecuencia, siempre que exista acuerdo en ello. Por ejemplo, si el resultado de la reunión es buscar formas de arreglo, se podrá adelantar otra práctica, por ejemplo una mediación o conferencia según corresponda.

2. PROGRAMAS DE JUSTICIA TERAPÉUTICA: ALGUNAS EXPERIENCIAS CONCRETAS

En la evolución de las políticas públicas encaminadas a prevenir, investigar, juzgar y sancionar conductas punibles, algunos estados han desarrollados programas específicos de Justicia Terapéutica, más o menos limitados según sea el caso. Siguiendo a Cobo, se podría decir que las características de esos programas son las siguientes:

- (i) Voluntariedad: la decisión de participar en programas de Justicia Terapéutica debe ser individual y voluntaria, pues de lo contrario se estaría contradiciendo la finalidad de buscar la respuesta con efectos más positivos. Ante la ausencia de compromiso de realizar las actividades que se impongan en el determinado programa, es claro que se limitan las posibilidades de éxito en el resultado.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

- (ii) Debido Proceso: Sin importar el momento procesal en que se adopte la decisión de acudir a un programa de Justicia Terapéutica y el efecto que ello tenga para la decisión judicial, es claro que siempre se deberá respetar el debido proceso, tanto al momento de la remisión, como al momento de de integrar el resultado a la actuación judicial.
- (iii) Inmediación: Uno de los principios esenciales del sistema acusatorio es el de inmediación, contenido en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004. De la misma forma, los operadores de programas de Justicia Terapéutica deben atender de forma continua el caso, con los menores cambios e interrupciones posible. Lo anterior, porque es indispensable que se pueda determinar la evolución del sujeto sometido al programa, así como las causas positivas o negativas que el hacen avanzar o retroceder.
- (iv) Respeto de los derechos humanos: De la misma forma en que la actuación penal debe velar por el cumplimiento de los derechos de las partes e intervenientes, las prácticas terapéuticas deben respetar y proteger los derechos fundamentales de los participantes. Por ello, no se deben someter a víctima y victimario a tratos inadecuados, acciones no deseadas o irrespetuosas de la dignidad humana, pues si se incurre en ello será imposible obtener los efectos esperados con el programa.
- (v) Presunción de inocencia: La participación en programas terapéuticos o puede ser tomada como aceptación de responsabilidad en materia penal.
- (vi) Humanización de las penas: Todo programa de justicia terapéutica deberá estar enfocado en la búsqueda de sanciones menos lesivas de los derechos fundamentales, es decir, no pueden existir programas que tengan como presupuesto aumentar la "dañosidad" de la sanción penal o desmejorar las condiciones de reclusión.
- (vii) Trabajo interdisciplinario: Los programas de Justicia Terapéutica requieren de la intervención y asesoría de diferentes profesionales. Si bien es cierto su aplicación es jurídica, se necesita de diferentes disciplinas para romper los moldes tradicionales de solución de conflictos.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

(viii) Redes de apoyo: Es indispensable que en los programas de Justicia Terapéuticos estén involucradas las personas cercanas al destinatario, para promover su evolución; así como las organizaciones sociales para promover y ofrecer las herramientas terapéuticas que desarrolle el programa.

Mencionadas estas características generales, se brindan algunos ejemplos de programas terapéuticos documentados, para facilitar la comprensión de los elementos de esta forma de abordarlos conflictos. Veamos:

2.1. Tribunales de Tratamiento de Adicciones

De acuerdo con el informe de la Organización de Estados Americanos del año 2013, titulado *"El problema de las drogas en las américas"* existe una relación directa y comprobada entre el consumo de drogas, la violencia y la comisión de delitos. Se lee en el informe que *"se puede advertir que entre la población carcelaria los niveles de consumo son mucho más altos que los mostrados en las tasas de prevalencia nacional"*; y se registran estudios en los que se advierte que *"la probabilidad de cometer un delito o de reincidir en la comisión de un delito es mayor en quienes consumen drogas"*.⁴⁶

Algunos países latinoamericanos, conscientes de esa problemática, se desarrollaron programas de Justicia Terapéutica que buscaban atender la relación entre consumo de sustancias y delito, con miras a satisfacer los derechos de todas las partes involucradas y producir efectos positivos en víctima y victimario. Al respecto Mayorga:

Así, la Justicia Terapéutica en el mundo y, especialmente, en la comunidad latinoamericana (que es la más afectada con las restricciones legales y jurídicas respecto del tráfico de sustancias y consumo) ha abordado el tema desde la aplicación en los sistemas judiciales en los países, de tratamientos terapéuticos que se privilegien sobre los jurídicos, legales y policiales, ofreciendo a los individuos judicializados por estas conductas una alternativa que sea un tratamiento terapéutico en sustitución de las medidas de internación en centros carcelarios⁴⁷.

Lamentablemente, en el caso colombiano, pese a que la Ley 1787 de 2016 pretendió ocuparse del consumo de marihuana desde la perspectiva del tratamiento, mantenemos la judicialización y procedimiento hasta

⁴⁶ Organización de Estados Americanos –OEA- (2013). https://www.oas.org/documents/spa/press/Introduccion_e_Informe_Analitico.pdf

⁴⁷ FARIÑA, Francisca. OYAMBURU, María, WEXLER, David. *Justicia Terapéutica en Iberoamérica*. Madrid: Wolters Kluwe, 2020.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

la sentencia como respuesta principal, lo que ha dificultado el desarrollo del enfoque terapéutico en el país. Ahora bien, sobre el caso mexicano, señaló Cobo:

El sistema de justicia Penal mexicano, a partir de la observación de diversas experiencias internacionales probadas y comprobadas, ha dado cuenta de que ciertas situaciones relacionadas con la conducta delictiva están íntimamente relacionadas con factores humanos, que implican situaciones de vulnerabilidad muy específicas y que pueden ser intervenidas a través de la implementación de medidas específicas y trabajo interdisciplinario, por lo que se han aplicado programas de Justicia Terapéutica; la gran mayoría de estos tiene relación con las denominadas cortes de drogas o Tribunales de Tratamiento de Adicciones, aunque también se han aplicado en materia de narcomenudeo en la justicia para adolescentes y en delitos relacionados con violencia intrafamiliar.

La finalidad de estos programas es intervenir para rehabilitar al consumidor de sustancias psicoactivas que presenta un consumo problemático, en la medida que sus hábitos de consumo o adicción están relacionados con la comisión de conductas punibles. Así fueron diseñadas las llamadas “Cortes de Drogas” o Tribunales de Tratamiento de Adicciones”, donde el victimario es llevado donde un juez ordinario, no con la finalidad de que se pronuncie sobre su culpabilidad, sino para comenzar un proceso que le permita superar la causa del punible.

Lo anterior implica una integración entre el sistema judicial, el sistema de salud y los gobiernos locales, para trabajar en las fases descritas en el artículo 175 de la Ley Nacional de Ejecución Penal de México, así: (i) evaluación inicial, (ii) diseño del programa de tratamiento que se requiere, (iii) desarrollo del tratamiento clínico, (iv) rehabilitación e integración a la comunidad y (v) seguimiento.

Como es evidente, la primera de las etapas requiere de asesoría psicosocial, en la medida que se busca una persona que hubiese cometido un delito que tenga causa o relación con un consumo problemático de drogas. De igual forma, la segunda y tercera etapa requiere de la atención médica y psicológica, pues el diseño del tratamiento y el desarrollo del mismo es un asunto de naturaleza clínica. Ello representa el carácter interdisciplinario de la Justicia Terapéutica, requiere de la apertura mental de un juez que se sale del esquema positivo e implica la voluntad institucional de contar con los medios adecuados para ello. Adicionalmente, la cuarta y quinta



etapa, representa el carácter voluntario del programa, pues sólo quien decide adquirir el compromiso terapéutico logra retorno a la sociedad y se mantiene en cumplimiento de las obligaciones adquiridas.

2.2. *Tribunales de Salud Mental*

Bajo un esquema similar al de los Tribunales de tratamiento de adicciones, en Estados Unidos se desarrollaron en los años 80' los Tribunales de Salud Mental, para atender los casos en que las enfermedades mentales estaban relacionadas con la ejecución de conductas punibles. Estos programas parten del reconocimiento de cuatro realidades:

- (i) En los últimos años han aumentado dramáticamente los casos de padecimientos mentales en el mundo.
- (ii) La cobertura en la atención en salud de pacientes con enfermedades mentales, es menor que frente a los padecimientos físicos.
- (iii) En algunos casos, los padecimientos están relacionados con la decisión de cometer conductas punibles.
- (iv) Las personas con enfermedades mentales tienen una mayor exposición a ser victimizadas y aisladas en los centros carcelarios. De hecho, la tasa de suicidios en centros carcelarios suele ser alta.

Teniendo en cuenta lo anterior, los programas buscan reemplazar la judicialización y sanción, por programas de tratamiento de las causas del delito, en este caso el trastorno mental, con características expuestas por Barber así:

"La Justicia Terapéutica propone un sistema jurídico no adversarial, en el que el tribunal atiende a las causas que han llevado al comportamiento delictivo. De esta manera, de esta manera la rehabilitación se convierte en el objetivo principal. Los Tribunales de Salud Mental tienen otras características en común:

- a) Hay uno o dos jueces especializados en estos casos, que son los que presiden las audiencias, en un día específico de la semana separado del resto de los casos,



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

- b) Hay un Fiscal dedicado a estos tribunales,
- c) Un equipo multidisciplinario compuesto por profesionales del derecho y la salud mental, toman decisiones de consenso y de manera no adversaria,
- d) La participación es voluntaria,
- e) Si los participantes cumplen con todas las condiciones del tratamiento comunitario obligatorio, evitan la encarcelación y los cargos pueden ser sobreseídos.

Además de estos componentes, la mayoría de los Tribunales de Salud Mental cumplen otros cuatro requisitos:

1. Identifican a detenidos con enfermedad mental por medio de pruebas cribado,
2. Evalúan a estos detenidos para determinar su idoneidad para el tratamiento comunitario,
3. Negocian con el Fiscal y abogado defensor para desarrollar resoluciones que incluyan el tratamiento en libertad, y
4. Conectan a los participantes con programas de tratamiento.⁴⁸

En Estados Unidos, estos tribunales han mostrado éxito en alcanzar la finalidad propuesta, que es disminuir la reincidencia, responsabilizar al victimario y atender sus necesidades de salud mental, reconociéndose así el cumplimiento de los presupuestos de la Justicia Terapéutica.

2.3. El Sistema Penal de Adolescentes como programa de Justicia Terapéutica

La interpretación de las normas sustanciales y procedimentales que rigen el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, está determinada por un principio rector que es el interés superior del menor de edad. Por tanto, la totalidad de los actores de dicho sistema deben ajustar sus actuaciones a la búsqueda de aquello que sea mejor para el adolescente o joven que está siendo objeto del procedimiento.

⁴⁸ FARIÑA, Francisca. OYAMBURU, María, WEXLER, David. Justicia Terapéutica en Iberoamérica. Madrid: Wolters Kluwe. 2020



**MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL**

Buscando esa especialidad, la Convención Internacional de los Derechos del Niño estableció la obligación del Estado de contar con autoridades judiciales, instituciones y normas especiales para que dicha justicia esté enfocada en analizar la posible responsabilidad del joven o adolescente, restablecer sus derechos y buscar la sanción acorde a su conducta, generando los menores efectos negativos posibles.

Bajo esa perspectiva, el sistema de responsabilidad para adolescentes es en esencia un espacio terapéutico, en la medida que el conocimiento de juez se ve enriquecido con otras disciplinas para determinar aspectos procesales (como la aplicación del principio de oportunidad), sustanciales (como la determinación de la sanción) y sancionatorios (en las decisiones que se deben adoptar durante la ejecución).

La sola idea de tener un tratamiento diferenciado en donde le juez desarrolla la capacidad de dialogar en una forma distinta con el procesado, dada su condición especial, así como la excepcionalidad de la privación de la libertad y la aplicación del principio de oportunidad como regla general para evitar los efectos de la judicialización, evidencia que se trata de un sistema terapéutico que puede ser desarrollado con programas como los Tribunales de Adicciones.



III. MARCO NORMATIVO

Es común escuchar en los foros académicos en los que se habla de Justicia Restaurativa en Colombia, la necesidad de presentar reformas legales desinadas a eliminar algunas barreras que tiene la Justicia Terapéutica en nuestro país y posibilitar el ingreso de la Justicia Terapéutica. Siendo cierto que nuestras normas penales requieren alguna actualización en la materia, las normas vigentes ofrecen instituciones jurídicas que respaldan la aplicación de dichos enfoques en la actividad judicial.

En punto de lo anterior, se procede a hacer una breve mención de las normas procesales y sustanciales, que posibilitan estas dos visiones de la justicia.

1. JUSTICIA RETAURATIVA EN LAS NORMAS INTERNAS

El análisis de las normas internas en punto de la Justicia Restaurativa debe hacerse respecto de las normas procesales y sustanciales contenidas en las leyes 906 de 2004 y sustanciales en la Ley 599 de 2000, además de los artículos de la Ley 1098 de 2006 que rigen el Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes, conocido con sus siglas SRPA.

1.1. Normas procesales

El primer conjunto de normas respecto del cual debemos hacer mención, es el contenido en el Libro VII de la Ley 906 de 2004, denominado Justicia Restaurativa. Allí el artículo 518 definición la Justicia Restaurativa, así:

Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el 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.

Se entiende por resultado restaurativo, 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.

En el artículo siguiente se fijan las reglas de la Justicia Restaurativa, que en buena medida se compadece con las características y elementos que la doctrina asigna a esa forma de justicia. Se lee en el artículo 519 de la Ley 906 de 2004:



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

"Los procesos de justicia restaurativa se regirán por los principios generales establecidos en el presente código y en particular por las siguientes reglas:

- 1. Consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.*
- 2. Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito.*
- 3. La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.*
- 4. El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.*
- 5. Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto.*
- 6. La víctima y el imputado, acusado o sentenciado tendrán derecho a consultar a un abogado."*

Estas dos normas, por la forma en que están redactadas, no deben ser interpretadas de forma restrictiva o taxativa. Parten de la base de "todo programa" que cumpla con las características allí descritas debe ser entendido como Justicia Restaurativa. Este aspecto es muy importante, porque será esta la norma que nos permita integrar a los procesos penales los resultados restaurativos y terapéuticos, de cara a la causal 7 del principio de oportunidad.

a) Desde la creación de la Fiscalía General de la Nación con la Constitución de 1991, se le asignó a dicho organismo la obligación de iniciar la acción penal, investigar los delitos y presentar la acusación ante los Jueces de la República. En el año 2002, con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 003 del año 2002, se le asignó además la facultad de suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal, en los casos expresamente señalados en la ley conforme el principio de oportunidad.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

El artículo 323 de la Ley 906 de 2004, cuyo encabezado es “*El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos*”, señala en el numeral 7º que se aplicará cuando “*proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas*”; lo que es desarrollado en el artículo 324, que contienen las compensaciones económicas y simbólicas del victimario a la víctima.

Pese a que la norma procesal establece en el artículo 521 que los mecanismos de Justicia Restaurativa son la mediación y la conciliación, analizadas todas estas normas en conjunto, tenemos que el artículo 518 de la Ley 906 de 2004, no limita las prácticas restaurativas a la mediación o la conciliación. Así las cosas, la suspensión a la que se refiere el numeral 7º del artículo 323 de la Ley 906 de 2004, procede ante cualquiera de las prácticas enunciadas en precedencia e incluso respecto de programas de Justicia Terapéutica, si las autoridades administrativas posibilitaran Tribunales de Tratamiento.

En virtud de lo anterior, se asigna al Fiscal la facultad de solicitar al juez la suspensión del procedimiento en los casos en que la víctima y el procesado han llegado a un acuerdo restaurativo y se requiere verificar su cumplimiento, tanto en las compensaciones económicas como en las simbólicas. Una vez el Fiscal informe el cumplimiento de lo acordado el juez podrá dar por terminado el procedimiento penal.

Lamentablemente, tanto la reglamentación del principio de oportunidad, como la que establece las reglas para la mediación, fijan límites punitivos y procesales para la Justicia Restaurativa, restricción que favorece el concepto retributivo del sistema. Ello no sólo tiene como consecuencia negativa la imposibilidad de suspender el proceso en un estadio posterior al juicio o tener que lograr el resultado restaurativo en un tiempo determinado, además lleva a la equívoca idea de que la Justicia Restaurativa sólo puede aplicarse en ciertos delitos y momentos procesales.

Realmente, si entendemos que la Justicia Restaurativa es una visión más humana y garantista que la justicia ordinaria, el límite punitivo y procesal es únicamente para suspender el proceso bajo la regla del artículo 323 numeral 7º, lo que no quiere decir que las partes no puedan buscar acuerdos restaurativos en otros delitos o con posterioridad al juicio. Como veremos más adelante, ello incluso podría tener un efecto en la individualización de la pena.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

b) En el marco del sistema penal abreviado creado con la Ley 1826 de 2017, se introdujo al Código de Procedimiento Penal un trámite para delitos de lesividad media y baja, que pretende simplificar el trámite procesal, eliminando algunas actuaciones procesales.

Por medio de esta normativa se introdujo el artículo 547 al Código de Procedimiento Penal, en donde se indica que *"los mecanismos de justicia restaurativa podrán aplicarse en cualquier momento del procedimiento abreviado en los términos y condiciones establecidos en el Libro VI hasta antes de que se emita fallo de primera instancia y darán lugar a la extinción de la acción penal de conformidad con lo previsto en los términos de los artículos 77 de este Código y 82 del Código Penal"*

Así las cosas, tratándose de los delitos querellables, el proceso podrá darse por terminado cuando se logre un resultado restaurativo por medio de cualquiera de las prácticas, lo que llevaría a la terminación del proceso penal. Armonizando la norma con el límite procesal que plantea el artículo 323 para el principio de oportunidad, tendríamos lo siguiente:

Dentro del sistema abreviado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juicio oral la Fiscalía puede solicitar la suspensión del proceso a prueba con miras a verificar el cumplimiento de los compromisos pactados en una práctica restaurativa. De cumplirse las obligaciones por el procesado, se extinguirá la acción penal. Ahora bien, después de iniciarse la audiencia del juicio oral no se podrá solicitar la suspensión del procedimiento al juez, pero sí se podrán adelantar prácticas restaurativas que, de lograr un resultado antes de dictarse sentencia de primera instancia, llevarían a que el proceso se diera por terminado.

1.2. Norma sustancial

Según el artículo 3 de la Ley 599 de 2000, la sanción penal responde a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, señalando además que el primero de estos principios, se interpreta conforme las funciones de la prevención.

En punto del principio de necesidad, la Corte Constitucional ha señalado que la pena debe servir para *"la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los*



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural" (Sentencia C-467 de 2001)

Respecto de la función resocializadora, también ha indicado la Corte Constitucional que *"la pena no se agota en los esfuerzos estatales por lograr la resocialización del delincuente, sino que también implica la participación de aquél, a través de la asunción de compromisos personales y sociales que permitan materializar su rehabilitación en la vida en sociedad, es decir, el condenado penal no es un convidado de piedra en el cumplimiento de los objetivos de la pena impuesta, pues está en la obligación de asumir una actitud activa en su proceso de rehabilitación."* (Sentencia C-181 de 2016).

De acuerdo con lo anterior, la pena debe llevar a que se garantice la convivencia pacífica y la reinserción del condenado a la comunidad, no sólo como una expectativa de que ello ocurra por sí sólo, sino del compromiso y participación del sujeto mediante actos positivos de constricción, reconocimiento y rehabilitación.

Entonces, si por medio de la justicia restaurativa se logran acuerdos que implican pactos de no repetición y acciones de reinserción a la comunidad por parte del agresor o agresora, es claro que ello debe tener un efecto sobre el cuanto y como de la sanción penal, no sólo porque se tiene una manifestación del autor que se compromete a ajustar en adelante su comportamiento a derecho, sino porque dicho acuerdo es producto de un proceso en el que el autor del delito participó activamente, proponiendo y/o aceptando de manera voluntaria fórmulas que permitan su reinserción a la comunidad, el reconocimiento del daño sufrido por víctimas y terceros, y su reparación.

En igual sentido, otra de las funciones que debe cumplir la pena conforme el artículo 4 del Código Penal, es la de retribución justa, frente a la cual, la Corte Constitucional ha señalado que *"se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena"*, entendiendo que con ella se está obligando al agresor a restituir a la comunidad y víctimas, parte del daño causado (Sentencia C-806 de 2002).



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

Así las cosas, cuando por medio de prácticas restaurativas se ha logrado que el agresor, hiciera actos dirigidos al reconocimiento del daño y su respectiva reparación a favor de las víctimas y de terceros, no sólo en cuanto a lo económico, sino también en punto de los derechos de justicia y verdad, el Juez debe valorar estos resultados al momento de la individualización de la sanción y su lugar de cumplimiento.

Dicho de otra forma, el resultado restaurativo debe constituir un elemento de análisis para el juez al momento de verificar las funciones de la pena a imponer, en la medida que se encuentren satisfechos en forma anticipada, dos de los efectos que se esperan del cumplimiento de la sanción, lo que ha de tener efecto respecto del juicio de necesidad y proporcionalidad.

Así las cosas, en caso de tener a la fecha un acuerdo restaurativo cumplido, o en proceso de cumplimiento, o el interés de las partes por acudir de común acuerdo a mecanismos de justicia restaurativa, ello debe ser informado al Juez dentro del término establecido en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, así como entregado el informe respectivo (Ver página 3), para que sea objeto de análisis al momento de la imposición de la pena.

1.3. Sistema de responsabilidad Penal de Adolescentes

La Convención de los Derechos del Niño en 1989 es uno de los hitos más importantes en punto del sistema de responsabilidad penal de adolescentes, al desarrollar el principio universal de protección integral del niño, niña o adolescente, el cual debe observar el Estado en todas sus actuaciones. Atendiendo las reglas y resoluciones internacionales en la materia (Ej, Reglas de Beijin, Reglas de la Habana, Reglas de Tokio), Colombia ha desarrollado un sistema de responsabilidad penal especializado, que reconoce al adolescente como integrante de la sociedad, donde la privación de la libertad es una excepción.

Este sistema está contenido principalmente por la Ley 1098 de 2006 y definido allí como, *"el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible"*. Este conjunto de principios debe ser interpretado con un claro enfoque restaurativo, evitando la judicialización y sus efectos negativos.



Por ello, bajo el sistema de responsabilidad de adolescentes el principio de oportunidad tiene aplicación preferente, en cualquiera de sus modalidades: renuncia, suspensión e interrupción de la acción penal, sin tener los límites procesales ni punitivos que existen en el sistema de responsabilidad penal de adultos

2. JUSTICIA TERAPÉUTICA EN LAS NORMAS INTERNAS

Como se trata de una forma de justicia poco explorada en nuestro medio, no tenemos normas específicas que hubiesen desarrollado las características y programas de Justicia Terapéutica. No obstante, ello no quiere decir que los funcionarios judiciales no puedan resolver los conflictos que llegan a su conocimiento con enfoque terapéutico, pues como se dijo en precedencia, ello va mucho más allá del desarrollo de prácticas específicas.

En efecto, la forma en que el Juez se comunica con las partes en desarrollo de actos procesales, para entender las necesidades de cada uno de ellos, escoger una terminología adecuada, una expresión empática y analizar los efectos extralegales de sus decisiones, desarrolla en buena medida los fundamentos y finalidades de la Justicia Terapéutica. Adicionalmente, existen algunas normas de nuestro ordenamiento que por su propio texto y objeto, deben ser interpretadas de cara a los fundamentos de la Justicia Terapéutica, como se procede a evidenciar.

a) El artículo 324 de la ley 906 de 2004 desarrolla las causales por las que procede el principio de oportunidad. Dentro de ellas, encontramos algunos numerales que sólo tienen sentido en la medida que el juez tenga la capacidad de adoptar su decisión, tratando limitar los efectos emocionales y psíquicos negativos en el procesado. Estas causales son:

No.6: "Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción." Evidentemente, el texto de la norma impone la obligación de hacer un análisis respecto del daño natural que ha sufrido el agresor con su comportamiento, de cara a la afectación que tendría el imponer un castigo jurídico adicional.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

No.9. "En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes." Al igual que en el numeral anterior, la decisión sobre aplicar o no esta causal, implica la revisión de una consecuencia negativa ya sufrida por el agresor con ocasión de su conducta. En este caso no se trata de una "pena natural" como ocurre con el numeral 6º, pero sí de una sanción jurídica impuesta previamente, que obliga a revisar el efecto negativo que tendría para el sujeto recibir un nuevo castigo por ese mismo hecho.

No.12. "Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social." La culpabilidad en nuestro medio está asociada al libre albedrio⁴⁹, a la realización de una conducta delictiva en condiciones donde era esperado que el actor cumpliera el derecho, porque estaba en posibilidad de hacerlo. Este numeral plantea una hipótesis donde ese juicio de exigibilidad de otra conducta se ve disminuido por circunstancias especiales en las que se encontraba el agente, pero que no son de tal entidad para excluir la culpabilidad, motivo por el que en un esquema retributivo debería imponérsele una pena.

Esto se puede presentar en circunstancias en donde el sujeto comete una conducta por estar en una circunstancia especial de marginalidad o ignorancia, que si bien no convierten al sujeto en inimputable, sí es evidente que existen razones para atenuar el juicio de exigibilidad de otra conducta. Por ejemplo, respecto de ciertos delitos, una conducta cometida por una persona analfabeta o en estado de indigencia. En estos casos, es evidente que la aplicación de la causal debe hacerse teniendo en cuenta los efectos negativos que tendría la privación de la libertad, motivo por el que podrían escogerse mecanismos de rehabilitación o capacitación para aplicar el principio de oportunidad.

⁴⁹ FORERO, Juan. *Aproximación al Estudio del Principio de Oportunidad*. Bogotá: Editorial Ibañez, 2013. Página 192.



**MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL**

No. 13. *"Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse"*. El texto de esta causal suscita inmediatamente una pregunta ¿cómo puede el operador judicial estar seguro que ese hecho de menor lesividad respecto de un bien colectivo no volverá a presentarse? Muchas veces la respuesta a ello está en el enfoque terapéutico, dado que la garantía de no repetición está enfocada en rehabilitar a una persona respecto de la causa que lo llevó a ejecutar el hecho. Por ejemplo: mal manejo de una sustancia, de la ira o de una emoción que no logró contener.

b) de otra parte, las normas procesales en punto de la medida de aseguramiento, establecen que la detención preventiva es algo excepcional y deben prevalecer las medidas privativas de otros derechos. En punto de lo anterior, es muy importante que a la hora de analizarlas circunstancias del caso, pueda analizar los efectos negativos de privar de la libertad a una persona, revisando si las finalidades de la medida que solicita la Fiscalía, podrían satisfacerse de otra forma.



IV. CONCLUSIONES

1. Las formas de justicia que fueron explicados en páginas anteriores no deben ser tomados como modelos excluyentes o enemigos en la medida que ambos buscan la reciprocidad, sólo que por métodos distintos. Zehr lo explica así:

Ambas teorías de la justicia, la retributiva y la restaurativa, reconocen la intuición moral básica de que el delito implica la ruptura de un equilibrio. Como consecuencia, la víctima merece algo y el ofensor debe algo. Ambos enfoques sostienen que debe haber una relación proporcional entre el acto y la respuesta. No obstante, difieren específicamente en la moneda con la cual se pagará la deuda y se restaurará el equilibrio⁵⁰.

El hecho de que el sistema penal colombiano mantenga dentro de las funciones de la pena la retribución justa, ello no quiere decir que no puedan desarrollarse enfoques restaurativos y terapéuticos, en la medida que la prevalencia de los derechos fundamentales, el acceso a la administración de justicia y la dignidad humana como norma rector del procedimiento, sustentan cualquier intervención a ese respecto.

Las tres formas de justicia se enfocan en el estudio de la agresión que tiene que atender como problema jurídico, desde enfoques que lejos de ser excluyentes resultan complementarios: la justicia Restaurativa analiza el problema desde el punto de vista relacional víctima – victimario – sociedad: la Justicia Retributiva como conducta que reclama ser sancionada y la justicia terapéutica desde el aspecto benéfico o positivo que deben producir el procedimiento, la decisión y la sanción. Entonces, en palabras de barrio:

Si realmente la mejora del sistema de justicia es uno de nuestros objetivos, no podemos vetar ninguna posibilidad que pueda suponer un beneficio para el bien común. No es una elección entre ambas opciones, no es un ir o volver. Se ha de integrar justicia restaurativa y justicia retributiva, utilizar los puntos en común para fortalecer el actual sistema, así como surtir a los ciudadanos e intervenientes de las ventajas que los dos modelos nos ofrecen: limitándose así sus propios defectos a partir de las virtudes del otro. Ambos modelos buscan una misma



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

meta con distintos caminos, pero son más las similitudes que les unen que las diferencias que los separan. Si pensamos el alcance de ambas para las personas, tanto Justicia Restaurativa como la Retributiva han de perfeccionarse a través de las características de la otra, sustentando ambas un sistema de justicia justo, equitativo, satisfactorio con las necesidades de los ciudadanos⁵¹.

Extendiendo el alcance de la cita anterior a la Justicia Terapéutica, encontramos que se trata de abordar el mismo conflicto desde una perspectiva diferente. El Juez que impone la pena con finalidad retributiva, puede también imprimir aspectos terapéuticos a su decisión y proceso para impartirla.

2. La Justicia Restaurativa brinda al sistema jurídico una mirada diferente que exalta el principio de la dignidad humana, protege los derechos fundamentales y garantiza el acceso a la justicia. Frente a esto último, es importante tener en cuenta que, a pesar de que los resultados restaurativos no se logran a partir de decisiones impartidas por el Juez, las soluciones que aportan deben ser entendidas como una forma de justicia construida por las partes, que goza de legitimidad por el principio de autonomía de la voluntad.

3. Si bien es cierto que la Justicia Terapéutica no ha tenido el mismo desarrollo doctrinal y normativo de la Justicia Restaurativa, es importante que el juez y magistrado se capacite sobre sus elementos, lenguaje y prácticas, dado que nuestro ordenamiento jurídico puede ser aplicado con dicho enfoque, no sólo en punto del principio de oportunidad, sino de todas las actuaciones que adelante el Juez, donde su forma de acercarse y expresarse ante las partes, determinará mucho sobre los efectos positivos o negativos que se genere para ellas.

⁵¹ BARRIO, Rodrigo. *Justicia Restaurativa y Justicia Penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2019. Página 54.



BIBLIOGRAFÍA

1. AMBOS, Kai. MONTEALEGRE, Eduardo. Constitución y Sistema Acusatorio: Un estudio de derecho comparado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
2. BARRIO, Rodrigo. Justicia Restaurativa y Justicia Penal. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2019.
3. BERNAL, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
4. BIRGIN, Haydeé. GHERARDI, Natalia. La Garantía de Acceso a la Justicia: Aportes empíricos y conceptuales. México CDM: Editorial Fontamara, 2012.
5. CARREÑO, Bernardo. Hacia un Estado Social de Justicia Restaurativa. Bogotá: Editorial Ibañez, 2016.
6. CHAPARRO, Víctor. Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes Justicia Restaurativa. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2011.
7. COBO, Manuel. Justicia Penal y Democrática y Justicia Justa: Reflexiones. Madrid: Editorial Dikynson, 2011.
8. COBO, Sofía. OSUNA, Luís. PILLADO, Esther. La Justicia Terapéutica en el Proceso Penal: Breve estudio comparado en México y en España. Mexico CDM: Instituto Nacional de Ciencias Penales (INCAPE), 2021.
9. ESPITIA, Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Penal. Bogotá: Editorial Legis, 2010.
10. FARIÑA, Francisca. OYHAMBURU, María. WEXLER, DAVID. Justicia Terapéutica en Iberoamérica. Madrid: Wolter Hluvr España. 2020.
11. FEIJOO, Bernardo. Retribución y Prevención General: Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal. Buenos Aires: Editorial B. de F. Montevideo – Buenos Aires, 2007.
12. FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales: Debate. Madrid: Editorial Trotta, 2001
13. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Manual de Procedimientos en el Sistema Penal Acusatorio: Nueva justicia para los colombianos. Bogotá, 2006.



MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
ENFOQUES RETAURATIVO Y TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

14. FLETCHER, George. *Lo Justo y lo Razonable*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2006.
15. FORERO, Juan. *Aproximación al Estudio del Principio de Oportunidad*. Bogotá: Editorial Ibañez, 2013.
16. FOUCAUT, MICHAEL. *Vigilar y Castigar*. Madrid: Editores s.a de c.v. 1976
17. GÓMEZ, Carlos. GUZMÁN, Carlos. *Instituciones Procesales Penales Consensuales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
18. NANDAYAPA, Nataren. GONZÁLEZ, Patricia. WITKER, Jorge. *Las víctimas en el Sistema Penal Acusatorio*. Mexico CDM: USAID, 2017.
19. PEGO, Laura. *Víctimas y Derechos: Tratamiento normativo, programas de Justicia Restaurativa y de Justicia Transicional*. Pamplona: Thomson Reuters Aeranzadi, 2022.
20. ROBLES, Adela. *El Lenguaje Restaurativo: Valoración de su poder potencial educativo contra la violencia de género*. Barcelona: Editorial Bosch, 2022
21. RODRÍGUEZ, Reyler. OSORIO Eduardo. *Justicia Restaurativa*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2018.
22. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General – Tomo I: Fundamentos de la teoría del delito*. Traducción de Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García y Javier de Vicente. Medir: Editorial Civitas. 1997.
23. SARAY, Nelson. *Incídete de Reparación Integral de Perjuicios*. Bogotá: Editorial Leyer, 2015.
24. SAMPEDRO, Julio. *Las Víctimas y el Sistema Penal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2010.
25. TAMAYO, Javier. *La Indemnización de Perjuicios en el Proceso Penal*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1993.
26. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. *XXXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal: Política Criminal y Derecho Penal*. Bogotá, 2012.
27. ZEHR, Howard. *Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa*. CEMTA: 2010.

 @escuelajudicial_rlb

 @escuelajudicialrlb

 @Ejrlbnet

 @EJRLB



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Escuela Judicial
“Rodrigo Lara Bonilla”



escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/