

LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN RELACIÓN CON OTRAS JUSTICIAS: JUSTICIA PENAL ORDINARIA¹

Daniel Alfonso Escobar Zamora
Abogado especializado en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica
Magister en Sociología y Política Criminal

La reflexión acerca de las posibles relaciones entre la justicia restaurativa y otras formas de justicia, especialmente con la justicia penal ordinaria, puede abordarse de distintas maneras. En la presente ponencia, teniendo en cuenta el creciente interés en continuar profundizando la implementación de mecanismos de justicia restaurativa a partir de algunas disposiciones que han comenzado a incluirse en el marco normativo colombiano, se propone abordar dicha reflexión partiendo de una revisión de algunos elementos centrales que caracterizan tanto a la visión restaurativa como retributiva sobre la justicia.

Dicho de otro modo, se espera identificar algunos conceptos que dan cuenta de los discursos restaurativos y retributivos, pero centrándonos especialmente en aquellos que nos permiten comprenderlos como resultado o como expresión de distintas concepciones sobre la justicia. De esta forma se espera aportar argumentos para valorar el alcance de las normas actuales contempladas en el marco normativo vigente, comprender mejor sus antecedentes y su alcance en el sistema penal colombiano.

1. Los elementos de una definición

Si revisamos diferentes definiciones de la justicia restaurativa recogidas, por ejemplo, en la literatura especializada o en normas internacionales y nacionales², podemos advertir que la mayoría incluye un conjunto de ideas que suele relacionarse con la justicia restaurativa. Frecuentemente encontramos que se hace referencia a fines de la justicia restaurativa, como la reparación integral de la víctima, el reconocimiento de la responsabilidad frente al daño causado y la reintegración o la reincorporación del ofensor a la comunidad. Del mismo modo, se suele mencionar la importancia que reviste la participación de la comunidad, de las familias, el reconocimiento recíproco entre las partes, entre otros aspectos.

¹ Esta ponencia retoma algunas consideraciones presentadas por el mismo autor en el artículo “Lo restaurativo de la justicia restaurativa” publicado en la Gaceta Ser Restaurativo No. 03 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, junio de 2018.

² El artículo 518 del Código de Procedimiento Penal recoge la definición del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en los siguientes términos: “ARTÍCULO 518. DEFINICIONES. 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.”

A manera de ejemplo, en la sentencia C – 979 de 2005³³ encontramos una definición de la Corte Constitucional que ha sido retomada en fallos posteriores, es la siguiente:

Así, la justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario. El centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido.

Conforme a este modelo, la respuesta al fenómeno de la criminalidad debe diversificar las finalidades del sistema. Debe estar orientada a la satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurarla en su dignidad), al restablecimiento de la paz social, y a la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, replanteando el concepto de castigo retributivo que resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica.

Esta primera aproximación podría llevarnos a suponer que la justicia restaurativa consiste, al menos en gran medida, en distintas alternativas frente a las respuestas que usualmente ofrecen los sistemas de justicia penal tradicionales. Sin embargo, esta concepción plantea algunas preguntas.

En primer lugar, no es clara la relación entre estos distintos elementos. No parece obvia la conexión entre conceptos como los de reparación integral y participación de las familias y las comunidades o, incluso, entre estos dos y la propia noción de justicia. Al respecto cabría preguntar: ¿En qué sentido se considera que contribuye a la justicia la participación de la comunidad para enfrentar las consecuencias derivadas del delito?, ¿por qué? y ¿cómo se puede aplicar?

En un sentido similar, dado que componentes como el deber de garantizar los derechos de las víctimas, la importancia de la resocialización o la reintegración, la interiorización de los valores sociales por parte del sujeto que los ha infringido, entendida como prevención especial positiva, entre otros, ya han sido incluidos y desarrollados en la dogmática penal tradicional, surge la duda en torno a ¿qué es lo específicamente restaurativo de la llamada justicia restaurativa? o, dicho de otro modo, ¿podemos suponer que estamos ante un concepto de justicia distinto, si las ideas que se asocian con él ya están presentes en los sistemas de justicia tradicional?

Al no aclarar la razón por la cual elementos de distinta índole quedan aglutinados en un mismo concepto de justicia, dicha reunión de conceptos parece arbitraria, por lo que podríamos suponer que cualquier alternativa al proceso penal tradicional o la mera ausencia de castigo entra en la órbita de la justicia restaurativa.

En segundo lugar, pero derivado de lo anterior, también podríamos inferir que cumplimos un proceso restaurativo siempre que incorporemos en un proceso judicial cualquier elemento de justicia alternativa. Este punto es especialmente relevante para la praxis judicial, dado que las autoridades judiciales y administrativas podrían suponer que cualquier trabajo positivo con el ofensor materializaría la justicia restaurativa. Por ejemplo, si se logra que el presunto delincuente interiorice los valores que ha infringido con el delito, podríamos considerar que se cumple el fin de la responsabilización, que es

³³ Corte Constitucional. Sentencia C – 979 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño

propio de la justicia restaurativa y, sin embargo, este resultado también coincide con el que cabría esperar conforme al fin de la prevención especial positiva; por consiguiente, no habría una diferencia sustantiva entre el resultado en la justicia tradicional y la restaurativa.

Lo anterior plantea una pregunta general: ¿Qué es lo específicamente restaurativo en el concepto de la justicia restaurativa?, la cual, también puede formularse de la siguiente manera: ¿Existe un concepto de justicia restaurativa diferenciable de otros conceptos de justicia? y, en caso afirmativo, ¿cuál es su rasgo diferenciador?

En el presente caso se propondrá una hipótesis conforme a la cual habría al menos tres rasgos específicos de la justicia restaurativa que permiten, no solo diferenciarla de la justicia penal tradicional, sino también dotarla de un contenido específico. Esta hipótesis se plantea desde un enfoque criminológico y está basada en una interpretación sobre el tipo de mecanismo de control social que operaría en sistemas de justicia basados en la justicia restaurativa y que quizá permite definir qué es lo específicamente restaurativo.

Los rasgos diferenciadores, que se abordan a continuación, son los siguientes: **i)** la forma en que se concibe la relación del sujeto con su entorno social, inspirada en formas de justicia ancestral y comunitaria, **ii)** derivado de lo anterior, y como elemento central de la filosofía de la justicia restaurativa, la premisa según la cual una respuesta justa a las ofensas contra los intereses de la sociedad, no debe implicar de manera alguna la ruptura de los vínculos sociales del ofensor, es decir, con su familia, amigos, referentes afectivos y comunidad, menos aún la ruptura de los vínculos de la víctima directa y de otras personas afectadas; y, finalmente, **iii)** la existencia de un conjunto de fines específicos de la justicia restaurativa conforme al cual es posible identificar un estándar de justicia que le es propio.

Este último punto es importante porque, desde este punto de vista, la justicia restaurativa posee una teleología particular que le da identidad y esto, a su vez, nos permitiría reconocer que no constituye un mero complemento de la justicia retributiva y que tampoco conlleva impunidad, entendida como ausencia de justicia, o una forma imperfecta de justicia. Simplemente estaríamos ante un tipo de justicia distinto pero que pese a diferenciarse de otros, conserva la pretensión de satisfacer la demanda de justicia de las víctimas de los delitos y de las partes afectadas por el mismo.

2. Una noción del sujeto distinta

Como ha sido ampliamente documentado, los antecedentes de la justicia restaurativa pueden encontrarse en culturas que practican formas de justicia tradicional o ancestral, como por ejemplo los pueblos indígenas de países como Nueva Zelanda, Australia o Canadá. Estos sistemas de justicia se caracterizan, entre otras cosas, por la importancia que conceden a la participación de la comunidad, lo cual incluye a las familias de los directos involucrados, así como a líderes respetados que cumplen el rol de mediadores o facilitadores, pero de una forma distinta a la que encontramos en nuestros procesos tradicionales de mediación y conciliación, los cuales pueden agotarse válidamente en reparaciones de tipo estrictamente patrimonial.

Estas formas de justicia comunitaria se derivan de culturas en las cuales se reconoce que existe una mutua interdependencia entre el individuo y la comunidad. No hay comunidad sin individuo, pero, sobre todo, tampoco hay individuo sin comunidad. Desde esta perspectiva, se puede imaginar una suerte de responsabilidad colectiva por las ofensas y los daños causados, e igualmente, una responsabilidad del ofensor que no se agota en su deber de reparar a la víctima directa, sino que se extiende a todas las personas que resultaron realmente afectadas, desbordando la dualidad delincente – víctima, típica de nuestros sistemas procesales penales. También se aleja de nuestra dogmática penal en donde tiene cabida un juicio de reproche al ofensor, pero rara vez nos preguntamos, por ejemplo, por la responsabilidad colectiva que cabe por la vulneración de ciertos derechos que inciden en la vinculación de los ofensores al delito

Como lo cita Britto, al referirse al sistema de justicia Marae de Nueva Zelanda, se considera que las familias de las personas involucradas en el conflicto de algún modo también son responsables y, por tanto, actores importantes en el proceso⁴.

La Marae convoca a las personas mayores de la tribu, ellos reúnen a la familia (whanau) de las personas involucradas en el conflicto, incluyendo la familia extensa. Es responsabilidad de los Whanau llegar a la raíz del asunto y obtener una confesión de culpabilidad si ella existiera. Esto no es muy difícil, porque en cierto sentido se juzga a toda la Whanau en el caso. El encuentro se denomina Hui, y en él, la Kuia (anciana sabia) reprende a toda la familia y les avergüenza. Luego, se hacen consultas entre las partes para determinar la mejor forma de resolver el asunto para sanar las heridas. Por ejemplo, devolver las cosas robadas o pagar una compensación y generalmente se le asignan trabajos obligatorios. En casos más graves como la violación sexual, la Whanau busca que la vergüenza del ofensor sea grande y llegue al arrepentimiento

Ahora bien, como se dijo, esta importancia que se concede a la comunidad no es casual, sino que se encuentra estrechamente ligada a la forma en que se concibe al propio sujeto en estas culturas. Para algunas de estas sociedades tradicionales, las personas están integradas orgánicamente a su comunidad, por lo tanto, la socialización cotidiana no está condicionada exclusivamente por la necesidad de satisfacer necesidades individuales, sino que, por el contrario, constituye un medio o una condición necesaria para que el sujeto adquiera su propia identidad como individuo. Dicho con otras palabras, se trata de un sujeto que no puede pensarse como tal, al margen de una comunidad concreta en la que se desarrolla.

Esta forma de entender la relación entre el sujeto y su medio social parece sumamente alejada de nuestros modos de vida actuales en donde encontramos comunidades poco cohesionadas, sociedades diversas y en conflicto, lo cual nos lleva a preguntarnos ¿A qué tipo de comunidad no referimos cuando hablamos de participación de la comunidad en los procesos de justicia restaurativa?

Para dar una respuesta tentativa a esta pregunta, debemos tener en cuenta que, aunque ahora nos parezca completamente natural suponer que la sociedad es básicamente una reunión de individuos autónomos, independientes e individualistas, esta forma de entender al hombre y a la sociedad solo llega a consolidarse en la modernidad. Esto significa que incluso las sociedades occidentales pueden encontrar antecedentes de un tipo de cultura en donde también se comprendía la importancia de la relación entre el sujeto y su medio social. Por otra parte, también es importante señalar que desde

⁴ BRITTO, D. (2010). Justicia Restaurativa: Reflexiones sobre la experiencia en Colombia. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja Ecuador.

distintas disciplinas de las ciencias humanas se han desarrollado investigaciones que nuevamente exploran esta interdependencia entre el individuo y la sociedad, incluso en nuestras sociedades actuales.

Para ilustrar este punto, podemos recordar, como lo señala Honneth, que en la sociedad griega y en la sociedad feudal de la edad media siempre se supuso que el hombre era un sujeto social integrado a la comunidad y solo hasta la modernidad se consolida nuestra visión del sujeto individual y en permanente conflicto con los otros, propia de la filosofía liberal burguesa:

La filosofía social de la modernidad comienza en el instante en que la vida social se determinó conceptualmente como una relación de lucha por la autoconservación. Esta concepción, según la cual tanto los sujetos singulares como las entidades político-colectivas se contraponen en una duradera concurrencia de intereses, ya había sido teóricamente preparada en los escritos políticos de Maquiavelo, y en la obra de Thomas Hobbes, se convirtió finalmente en cimiento y sostén de una fundamentación contractual de la soberanía del Estado. A este nuevo modelo conceptual de una «lucha por la autoconservación» sólo se había podido llegar después de que los elementos centrales de la teoría política de la Antigüedad, vigente hasta la Edad Media, hubieran perdido su poder de convicción. Desde la política clásica de Aristóteles hasta la del derecho natural cristiano en la Edad Media, el hombre había sido concebido en su estructura fundamental como un ser comunitario, *zoon politikon*, que para la realización de su naturaleza interna estaba destinado a los marcos sociales de una entidad comunitaria; sólo en la comunidad ética de la Polis o de la Civitas, que, a diferencia de la conexión puramente funcional de las actividades económicas, se caracterizaban por la existencia de «virtudes» participadas intersubjetivamente, la determinación social de la naturaleza humana lograba verdadero desarrollo⁵.

La concepción del hombre como ser comunitario habría sido reemplazada entonces por una en donde el individualismo constituye la base sobre la cual se erige la socialización y en donde esta última no aparece ya como una condición necesaria para constituir al sujeto, sino como algo externo que se le añade.

Ahora bien, desde la teoría del reconocimiento de Axel Honneth se propone que los seres humanos solo desarrollan plenamente su identidad a partir de las relaciones intersubjetivas con los otros, las cuales se desarrollan en diferentes ámbitos. Desde este punto de vista, sería posible articular al menos tres formas distintas de reconocimiento. En efecto, Axel Honneth, continuando el camino que dejó inexplorado el joven Hegel, propondrá la distinción entre tres esferas de reconocimiento a saber: **i)** la esfera individual del amor, en un sentido amplio como cuidado y atención, en donde tienen lugar las relaciones más primarias de toda persona con referencia a su familia cercana, la cual provee las aptitudes afectivas y psicológicas básicas, **ii)** la esfera jurídica, en donde se inserta el sujeto en las relaciones económicas con los otros sobre la base de reconocer el deber de respeto a las libertades ajenas y la capacidad jurídica para obligarse, y **iii)** la esfera del reconocimiento social en donde tienen cabida los sentimientos de solidaridad, honor y dignidad.

Esta teoría del reconocimiento, que da cabida a los componentes afectivos y delimita el tipo de reconocimiento mutuo que tiene lugar en los distintos niveles, también aporta un fundamento normativo adicional, orientador, acerca de los derechos que están comprometidos en cada una de las esferas mencionadas y por consiguiente del tipo de restablecimiento o restauración que cabe esperar.

⁵ HONNETH. A. (1997) La lucha por el reconocimiento. Crítica. Barcelona.

Así, la esfera individual compromete el catálogo de derechos relacionados con la integridad personal, física, psicológica, sexual; la esfera jurídica los derechos cuyo ejercicio posibilita la integración a la comunidad, el respeto a la propiedad y el ejercicio libre de la capacidad jurídica, y, en el ámbito social, los derechos referidos al respeto de la dignidad y la inclusión social.

En todo caso, regresando a las sociedades tradicionales, encontramos que esta idea del sujeto integrado a su comunidad es correlativa a una idea de justicia en donde resulta impensable que la respuesta a las ofensas implique la ruptura de los vínculos sociales, lo cual constituye el segundo rasgo distintivo de la justicia restaurativa.

3. La preservación y recomposición de los vínculos sociales

A partir de la noción del sujeto en relación con los demás y su comunidad, se puede comprender la importancia de uno de los rasgos característicos de la justicia restaurativa sobre los que existe mayor consenso, a saber: la necesidad de preservar y recomponer los vínculos sociales. Este rasgo característico no solo desarrolla una filosofía distinta sobre la justicia, sino que, además, desde el punto de vista sociológico, materializa un tipo de control social diferente al que corresponde a los sistemas penales tradicionales.

Como lo explica Young en su texto “Canibalismo y Bulimia: patrones de control social en la modernidad tardía”⁶, a partir de las categorías acuñadas por el antropólogo Lévi-Strauss⁷, referidas a las prácticas de inclusión y exclusión, es posible identificar dos patrones de control social básicos: Por una parte, el de las sociedades que practican la antropofagia, entendida en este contexto como la práctica de absorber o incorporar o al cuerpo social aquellas personas que parecen extrañas y peligrosas, y, por otra, aquel de las sociedades antropeómicas, es decir, aquellas que optan por excluir y separar del cuerpo social a aquellas personas que consideran desviadas. Se trata en última instancia de la forma en que cada sociedad lidia a su manera con la diferencia y con lo que consideran desviación social.

El estudio de Lévi-Strauss nos muestra cómo para las sociedades antropofágicas, como son las sociedades tradicionales, en muchos casos resulta absolutamente impensable que quienes cometen un delito sean separados del cuerpo social; por el contrario, la justicia en este caso se encarga de incorporarlos sobre la base de la reparación de los daños derivados del delito:

Sociedades que nos parecen feroces desde ciertos puntos de vista pueden ser humanas y benevolentes cuando se las encara desde otro aspecto. Consideremos a los indios de las llanuras de América del Norte, que aquí son doblemente significativos, pues han practicado ciertas formas moderadas de antropofagia y que además ofrecen uno de esos pocos ejemplos de pueblos primitivos dotados de policía organizada. Esta policía (que también era un cuerpo de justicia) jamás hubiera concebido que el castigo del culpable debiera traducirse por una ruptura de los lazos sociales. Si un indígena contravenía las leyes de la tribu, era castigado mediante la destrucción de todos sus bienes —carpa y caballos—. Pero al mismo tiempo, la policía contraía una deuda con respecto a él; tenía que organizar la reparación colectiva del

⁶ YOUNG, J. (2001) Delito y sociedad: revista de ciencias sociales, ISSN 0328-0101, N°. 15-16, págs. 25-42

⁷ LEVI-STRAUSS, C. (1988) Tristes Trópicos. 1988. Barcelona. Paidós

daño del cual, por su castigo, el culpable había sido víctima. Esta reparación hacía de este último el deudor del grupo, al cual él debía demostrar su reconocimiento por medio de regalos que la colectividad íntegra —y la policía misma— le ayudaban a reunir, lo cual invertía nuevamente las relaciones; y así sucesivamente hasta que, al término de toda una serie de regalos y contrarregalos, el desorden anterior fuera progresivamente amortiguado y el orden inicial restablecido. (Subrayado fuera de texto)

Nuestro sistema penal funciona de forma diametralmente opuesta. Como lo indica Lévi-Strauss⁸, refiriéndose a nuestras sociedades occidentales, *“Ubicadas ante el mismo problema han elegido la solución inversa que consiste en expulsar a esos seres temibles fuera del cuerpo social manteniéndolos temporaria o definitivamente aislados, sin contacto con la humanidad, en establecimientos destinados a ese uso. Esta costumbre inspiraría profundo horror a la mayor parte de las sociedades que llamamos primitivas”*

Por consiguiente, si consideramos que existen estos dos tipos de patrones de control social. El de las sociedades que establecen sistemas de justicia incluyentes, que integran nuevamente al cuerpo social a aquellos sujetos que consideran desviados, y el de las sociedades que los aíslan recluyéndolos en instituciones donde son separados de su entorno, debemos preguntarnos bajo cuál parámetro funciona actualmente nuestro sistema de justicia penal.

En segundo lugar, como se dijo, la importancia de preservar los vínculos sociales también materializa un tipo especial de justicia. Esto se debe a que dichos vínculos sociales se despliegan en los distintos ámbitos en que se desarrolla la vida del sujeto y en ellos aparecen distintos tipos de comunidad. De manera sintética podríamos decir que podemos reconocer vínculos sociales en el ámbito de la familia, de confianza recíproca con nuestros conciudadanos, con la comunidad e incluso con el Estado, que se pueden ver afectados como consecuencia de un delito.

Siendo así, la justicia restaurativa buscará dar cabida a los intereses de todas las personas afectadas y la recomposición de los vínculos sociales lesionados en distintos ámbitos; en este sentido, la justicia restaurativa posee una teleología propia a partir de la cual podemos considerarla no solo complemento o alternativa a la justicia retributiva, sino como un concepto de justicia autónomo.

4. La finalidad de la justicia restaurativa

Es de suma importancia no perder de vista los fines de la justicia restaurativa y sobre todo resaltar el papel que cumplen para dar contenido a un concepto de justicia particular. Cuando hablamos de un concepto de justicia o a una teoría de la justicia, cualquiera que sea, nos referimos a una teoría acerca de cuáles son los fines que reconocemos como válidos de acuerdo con un contexto normativo determinado⁹. Dicho de otro modo, todo concepto de justicia descansa en la creencia según la cual la finalidad contenida en una norma determinada es válida.

⁸ Ibidem

⁹ Al igual que los actos de habla constatativos, también las acciones reguladas por normas y las autopresentaciones expresivas tienen el carácter de manifestaciones provistas de sentido, inteligibles en su contexto, que van vinculadas a una pretensión de validez susceptible de crítica. En lugar de hacer referencia a los hechos, hacen referencia a normas y vivencias. El agente plantea la pretensión de que su comportamiento es correcto en relación con un contexto normativo reconocido como legítimo o de que su manifestación

Para ilustrarlo podemos considerar la teleología contenida en los conceptos de justicia incorporados a los sistemas de justicia penal tradicionales. A partir de las teorías absolutas de la pena, se considera, por ejemplo, que dicha pena busca retribuir al delincuente el daño causado por el delito, esta es su teleología. Por el contrario, desde las teorías relativas de la pena se defiende una concepción utilitarista de la justicia conforme a la cual la pena no busca retribuir ningún daño, sino prevenir el delito y la resocialización, es decir, debe estar fundada siempre en un criterio de utilidad social.

En el caso de la justicia restaurativa, el contenido teleológico, aquel que define su criterio sobre lo justo, está determinado por fines distintos: la responsabilización del ofensor, la reparación integral a la víctima y la reintegración o inclusión social. Por esta razón no estamos ante un concepto de justicia definido por la mera ausencia de castigo, sino por una finalidad particular que nos indica que lo justo se valora, sobre todo, por la reparación de los vínculos sociales lesionados por el delito y la satisfacción de los intereses de todos los afectados: víctima, ofensor, familias y comunidad.

5. Críticas a la justicia penal ordinaria - la justicia restaurativa como alternativa

La filosofía utilitarista propone lo útil como condición de lo bueno. Como se sabe, este principio fue desarrollado por Beccaria para fundamentar su teoría de los delitos y de las penas bajo la fórmula política del contrato social y del modelo del estado liberal republicano. En dicha teoría se plantea que el Estado investido de autoridad, y en virtud de un mandato, es el único facultado para imponer castigos y, por otra parte, que el castigo se justifica si con ello se logra obtener una utilidad social.

El sistema penal liberal consagra como parámetro de utilidad social, los fines de prevención general y de prevención especial, positiva y negativa. El fin de prevención general positivo reafirma la existencia de los valores a los que responde, y, en su dimensión negativa, disuade a la población que no ha delinquido, para que se abstenga de cometer el delito por efecto de la amenaza del castigo. El fin de prevención especial recae sobre el individuo, en su dimensión positiva le resocializa y en su dimensión negativa impide que continúe vulnerando los bienes jurídicos al ser neutralizado.

Bajo esta lógica, los mecanismos de castigo se presumen eficaces como instrumentos para el control social de la desviación, al asumir que existe una relación de adecuación de medio a fin, entre la pena y la prevención, que por su naturaleza puede ser verificada empíricamente.

Los estudios criminológicos críticos cuestionan los resultados que produce el castigo denunciando que el sistema penal no promueve los objetivos de justicia que propone como fundamento. A manera de ejemplo, los estudios sobre la delincuencia de cuello blanco de E. Sutherland muestran la selectividad con la que operan los organismos de control oficial, los estudios sobre los efectos que genera la prisión demuestran que las cárceles en la mayoría de los casos son criminógenas, entre otros.

En un sentido similar, L. Hulsman, en una entrevista que concedió a J. Bernat, se refiere a una investigación realizada en el grupo de descriminalización del Consejo de Europa y sostiene lo siguiente: *"A través de ese estudio en torno al modo de sentenciar, me di cuenta de que es casi*

expresiva de una vivencia a la que él tiene un acceso privilegiado es veraz. (Subrayado fuera de texto) HABERMAS, J. (1998) Teoría de la acción comunicativa. Vol I: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid, España: Taurus

imposible que una pena legítima salga del sistema penal si se considera la manera como éste funciona. Se puso de manifiesto ante mis ojos que este sistema opera en la irracionalidad, que es totalmente aberrante.”

Para Hulsman, el sistema es irracional porque los distintos niveles o instancias que intervienen están desarticuladas y responden a una lógica que trae varias consecuencias negativas. De una parte, el sistema penal sustrae el conflicto a la comunidad y a sus protagonistas. Esto a su vez impide que se atiendan adecuadamente las necesidades de las víctimas de los delitos, impone esquemas rígidos para abordar los conflictos, que ahora pasarán a interpretarse con base en las categorías del derecho penal y genera una respuesta estandarizada para todo tipo de ofensas y daños sociales: la pena.

En cualquier caso, lo que se pretende resaltar en este punto es que gran parte de las críticas tradicionales al sistema de justicia criminal se ubican en el ámbito de su lógica utilitarista. Aunque claramente se ha denunciado que en algunos casos la acción punitiva del Estado puede constituir una práctica injusta, esta afirmación usualmente se hace considerando los efectos sociales del castigo y no el concepto de retribución en sí.

Sin embargo, la pretensión de justicia del derecho penal en el caso colombiano no solo se sustenta en su utilidad; hay un fundamento independiente que responde a una concepción ética que resiste cualquier crítica que provenga de un análisis puramente material o empírico, en la medida en que su propia formulación prescinde de elementos empíricos. Este fundamento es el que ve a la justicia materializarse en la retribución como un fin en sí mismo.

Desde este punto de vista de la retribución, inspirada en concepciones como la del imperativo categórico kantiano, lo útil no guarda relación con lo bueno, y, por lo tanto, las acciones humanas solo pueden ser consideradas como morales o buenas en sí mismas, sin consideración sobre sus efectos. Sobre la pena Kant sostendrá, por ejemplo, que no debe aplicarse como un medio para procurar otro bien, ni en beneficio del culpable ni de la sociedad, sino en razón a que aquel ha delinquido.

Aunque desde el punto de vista de las teorías relativas de la pena ya se han formulado fuertes críticas a cualquier justificación del castigo que prescinda de criterios de utilidad social, podemos considerar que la justicia restaurativa es la que en realidad abre la posibilidad para promover un cambio profundo en la propia noción de justicia penal a partir, como se dijo, de una aproximación distinta al sujeto en donde se reconoce la importancia que tiene la preservación de los vínculos sociales y se advierte que la respuesta a las ofensas no debe agravar necesariamente los procesos de exclusión social, sobre la base de buscar soluciones positivas para todas las partes afectadas por los delitos.

Bibliografía

BRITTO, D. (2010). Justicia Restaurativa: Reflexiones sobre la experiencia en Colombia. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja Ecuador.

HONNETH. A. (1997) La lucha por el reconocimiento. Crítica. Barcelona.

YOUNG, J. (2001) Delito y sociedad: revista de ciencias sociales, ISSN 0328-0101, N°. 15-16, págs. 25-42

LEVI-STRAUSS, C. (1988) Tristes Trópicos. 1988. Barcelona. Paidós

HABERMAS, J. (1998) Teoría de la acción comunicativa. Vol I: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid, España: Taurus

HULSMAN, L. (1984) Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa. Barcelona. Ariel Derecho