

# **JUSTICIA TRANSICIONAL Y JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO PARADIGMA PENAL**

**Rafael Simón Jiménez**

**Universidad Metropolitana**

## **Resumen:**

La Justicia transicional, alude a los métodos, concepciones jurídicas y políticas y procedimientos, adelantados en aquellos procesos de transición de la guerra a la paz, o de regímenes autoritarios o dictatoriales a la democracia, donde existe un pasado reciente caracterizado por violaciones masivas a los derechos humanos, que busca superarse con el objetivo último de lograr la paz, la reconciliación, la reconstrucción del tejido social e institucional y la garantía de no repetición, para ello bajo el paradigma jurídico de la Justicia restaurativa o reparadora que rompe con el molde tradicional retributivo del simple castigo y sanción al victimario, se busca conciliar los objetivos de Justicia, verdad y reparación, colocando a la víctima en papel central y asegurando la no impunidad dentro de esa innovadora forma de aplicación del derecho penal.

Palabras claves: justicia transicional, justicia retributiva, justicia restaurativa, transición, violación a los derechos humanos, no impunidad, verdad, justicia, reparación, reconciliación.

Palabras claves: justicia transicional, justicia retributiva, justicia restaurativa, transición, violación a los derechos humanos, no impunidad, verdad, justicia, reparación, reconciliación.

# **JUSTICIA TRANSICIONAL Y JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO PARADIGMA PENAL**

**Rafael Simón Jiménez**

**Universidad Metropolitana**

Introducción: La Justicia transicional, alude a los métodos, concepciones jurídicas y políticas y procedimientos, adelantados en aquellos procesos de transición de la guerra a la paz, o de regímenes autoritarios o dictatoriales a la democracia, donde existe un pasado reciente caracterizado por violaciones masivas a los derechos humanos, que busca superarse con el objetivo último de lograr la paz, la reconciliación, la reconstrucción del tejido social e institucional y la garantía de no repetición, para ello bajo el paradigma jurídico de la Justicia restaurativa o reparadora que rompe con el molde tradicional retributivo del simple castigo y sanción al victimario, se busca conciliar los objetivos de Justicia, verdad y reparación, colocando a la víctima en papel central y asegurando la no impunidad dentro de esa innovadora forma de aplicación del derecho penal.

No ha sido tarea fácil, la de construir un concepto ampliamente aceptado del término "Justicia transicional", pues al unir dos visiones diferentes, uno del derecho (justicia) y otro de las ciencias políticas (transición) se convierte en fuente de distintas definiciones e interpretaciones. Tratando de simplificar sus componentes y de establecer un hilo conductor entre ambos Ruti G. Teitel (2003: 16) ha señalado que su definición implica "...la concepción de una justicia asociada a un periodo de cambio político, caracterizado por respuestas legales para hacer frente a los crímenes de los regímenes represivos que lo precedieron...."

Si se toma en cuenta su finalidad y objetivos la justicia transicional puede considerarse "como una variedad de procesos y mecanismos, asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuenta de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación" este concepto incorpora los elementos esenciales de la justicia transicional, es decir la justicia, la verdad y la reconciliación.

En cuanto a sus fuentes de inspiración Ignacio Forcada Barona (2011 : 10) describe "...En la Justicia Transicional, se mezclan ideas sobre lo que es justo y bueno ( ética ) sobre lo que es apropiado y conveniente ( política ) y sobre lo que está permitido o prohibido ( derecho ) y todo ello con el telón de fondo del eterno problema de nuestra

especial : la violencia colectiva.... “Y más adelante al explicar el auge tomado por la disciplina explica “... Como campo de actividad y conocimiento, la justicia transicional ha experimentado un crecimiento exponencial en las últimas dos décadas. Publicaciones académicas, páginas web, organizaciones no gubernamentales dedicadas a su seguimiento y práctica, seminarios, conferencias y revistas científicas, se han multiplicado hasta tal punto que es ya prácticamente imposible llevar a cabo un seguimiento exhaustivo de todo lo que se está escribiendo y haciendo en nombre de la justicia transicional...”

El profesor Iván Orozco Abad (2009: 42) brinda desde su perspectiva una definición que acompaña con elementos referenciales sobre su origen, señalando “... La expresión Justicia transicional se usa para designar aquellos procesos de rendición de cuentas que adelantan las sociedades estatales en relación con crímenes políticos y de masas perpetrados en el pasado, en situaciones de turbulencia política como las que son propias de las transiciones de la guerra y la paz y de la dictadura a la democracia. Si dejamos de lado la novedad de la expresión, podemos afirmar que en su sustancia, y en lo que atañe a las “transiciones a la democracia “la justicia transicional, están antigua como los avatares sufrido por dicho régimen desde sus orígenes históricos en la Grecia de las ciudades-Estado. Según Elster, quien dicho sea de paso excluye de su definición los casos de transición de la guerra a la paz, los primeros casos conocidos de justicia transicional tuvieron lugar en la Atenas de los años 411 y 403 a.c. cuando todavía bajo la hegemonía cultural del espíritu democrático que caracterizó el periodo clásico desde los tiempos de Solón, Clístenes, Efiltes y Pericles, en medio de la inestabilidad política propia de una época plagada de guerras imperiales y de conquista, sendos gobiernos oligárquicos fueron derrocados y restaurada la democracia por aquellos mancillada.”

En cuanto a la naturaleza de la Justicia Transicional, esta generalmente aparece asociada al contexto en que esta se explica, pues como señala Farid Benavides Venegas (2013: 14) “... Existe la tendencia a concebir los mecanismos de justicia transicional como medios para los cuales se renuncia a hacer justicia y se opta por formas blandas de sanción o por formas de perdón u olvido. El marco actual de la Justicia transicional impide que se desarrollen políticas de perdón u olvido, pues existen una serie de instrumentos internacionales que obligan a los estados a averiguar la verdad y a sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Esto significa que cuando se habla de justicia para épocas de transición política no se hace referencia exclusiva a las políticas de perdón u olvido, o a las comisiones de la verdad, o a la justicia penal, pues todos ellos son mecanismos con los cuales los estados se enfrentan a un pasado de abusos y violaciones y por tanto todos caen dentro del campo llamado “justicia transicional...”.

Partiendo de los objetivos que la justicia transicional persigue, Jorge Iván Cuervo (2.007: 57) busca organizar un concepto refiriendo “...La justicia transicional, es la justicia que se provee en el tránsito de una sociedad autoritaria, a una sociedad democrática o a la finalización de un conflicto armado. La justicia transicional contribuye a la superación del conflicto en la medida en que logre conciliar las exigencias de justicia, verdad y reparación en un horizonte de reconciliación, o de sostenibilidad de los acuerdos de paz o de consolidación democrática. No existe una sociedad que haya logrado encontrar el equilibrio perfecto entre estas exigencias éticas y políticas. Depende de cada sociedad, de los actores que hacen parte del proceso, de la correlación de fuerzas que confluyen en torno del proceso, de la fortaleza de las instituciones, de la madurez política de la sociedad civil, del contexto internacional. Ninguna sociedad ha esclarecido completamente todas las violaciones de derechos humanos cometidas en un régimen autoritario o en desarrollo de un conflicto armado; ninguna sociedad ha logrado individualizar, investigar, procesar y condenar a todos los responsables de los crímenes cometidos. Ninguna sociedad ha logrado reparar integra e integralmente todas las víctimas, ni avocando reformas institucionales que garanticen que los hechos conocidos, no se repitan. Cada sociedad opta por un énfasis y sacrifica exigencias maximalistas. En aras del realismo político hace concesiones éticas que en sí mismas se convierten en hechos políticos de efectos vinculantes si son el producto del proceso democrático.”

Tratando de agrupar y sistematizar los objetivos de la justicia transicional podemos enunciarlos: 1. Reducir la impunidad, proveer de justicia a las víctimas y castigar a los culpables. 2. Develar la justificación ideológica, política, cultural económica, etc. De la violencia y los crímenes y ofrecer a la sociedad la posibilidad de desmontar el sistema de valores asociados a esta. 3. Avanzar en los procesos de reconciliación, garantizando los derechos de las víctimas y de la sociedad, a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. 4. Fortalecer o instaurar el estado de derecho. 5. Abordar y realizar esfuerzos por sanar las heridas que dejan en la sociedad las violaciones sistemáticas o prolongadas de los derechos humanos 6. Promover con medidas eficaces a superar o remediar las causas estructurales del conflicto, solidificando las acciones para su no repetición.

Por su parte Farid Benavides V. (2.013: 14) brinda una perspectiva más amplia de los objetivos que se procuran con la aplicación de los mecanismos de Justicia transicional señalando “... De acuerdo con Van der Merwe, los diversos mecanismos de justicia transicional deben alcanzar los siguientes objetivos: 1. Restablecer la dignidad de las víctimas y promover su salud psicológica, dando terminación a la violencia y a las violaciones a los derechos humanos y previniéndolos en el futuro. 2. Crear una memoria colectiva o historia común para un futuro que no esté determinado por el pasado de violencia 3. Establecer las bases para un orden político democrático que respete y que proteja los derechos humanos 4. Identificar a los arquitectos de la

violencia pasada y excluir y establecer procesos de vergüenza para los autores de las violaciones. 5. Legitimar y promover la estabilidad del nuevo régimen. 6. Promover la reconciliación a través de las divisiones sociales 7. Educar a la población acerca del pasado 8. Recomendar formulas para evitar la repetición de violaciones a los derechos humanos...”

Lo ambicioso y lo múltiple de sus objetivos genera diversas tensiones en la procura de sus logros. Conciliar el castigo a los responsables de la Represión y la violación a los derechos humanos del régimen superado, y a la par procurar la paz, la reconciliación y la edificación de un nuevo orden democrático que rijan la sociedad no siempre son propósitos fáciles de conciliar, por lo que en su implementación practica los mecanismos de justicia transicional deberán revisarse y equilibrarse adecuadamente, y a ratos hasta reestructurarse en búsqueda de procurar una armonía entre la verdad, la justicia, la reparación y el reconocimiento de las víctimas y el fin último de construir una sociedad inclusiva, presidida por la legalidad y la paz. Este conflicto presente entre los distintos objetivos a lograr lo plantea Alfredo Torres A. ( 2.013 : 31 ) en los términos siguientes “...He ahí la gran labor propia de la justicia transicional , de encontrar un punto medio – sin lugar a impunidad –en la tensión entre justicia retributiva e impunidad absoluta, y la importancia de que las amnistías, como medidas atractivas para los transgresores, estén en cualquier caso acompañadas de mecanismos que respeten el derecho internacional de los derechos humanos....”.

Tres principios básicos alimentan los objetivos y procedimientos de la justicia transicional: El derecho a la verdad, el derecho a la justicia, y el derecho a la reparación de las víctimas. Los estados involucrados en procesos de justicia transicional han identificado como obligaciones: a) la satisfacción del derecho a la justicia b) la satisfacción del derecho a la verdad c) la satisfacción del derecho a la reparación de las víctimas y d) la adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición. En concordancia con lo anterior se afirma “que la justicia de transición exige de los estados la búsqueda y difusión de la verdad histórica, programas de reparación integral para las víctimas, que no pueden ser reducidos a una mera indemnización, ni ser condicionados a la renuncia de otros derechos , y el diseño de modelos excepcionales de aplicación de la justicia , que si bien admiten la flexibilización de principios como el de proporcionalidad e igualdad en materia penal, no pueden constituirse en paradigmas de impunidad que profundicen el dolor y el rechazo de las víctimas y en consecuencia impidan la cicatrización de las heridas.

La llamada justicia restaurativa forma parte de las concepciones usualmente aplicables dentro de la Justicia transicional, y ella constituye un paradigma jurídico contrapuesto a la denominada justicia retributiva por la que se rigen los sistemas penales tradicionales, Esperanza Najar Moreno ( 2.009 : 88, 89 ) explica las diferencia entre una y otra “....La justicia restaurativa se enmarca dentro de un movimiento más amplio de

carácter crítico a la concepción represiva y retributiva del derecho penal , esta posición ve en el derecho penal, no el mecanismo tendiente a la retaliación del mal causado con el delito sino la búsqueda del restablecimiento de los derechos conculcado y que ha surgido fundamentalmente a través de la practica; en razón de lo anterior, la noción de justicia restaurativa ostenta diversos significados y se refiere a teorías y procesos plurales, no obstante en términos generales , la justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento del crimen, que en lugar de fundarse en la idea tradicional de retribución o castigo , parte de la importancia que tiene para la sociedad la reconciliación entre víctima y victimario .

En ese sentido, todos los grupos y autores que la defienden coinciden en propugnar que el derecho penal deje de centrarse en el acto criminal y su autor, y gire su atención hacia la víctima y el daño que le fue ocasionado. Según estas visiones las necesidades de las víctimas y el restablecimiento de la paz social son las finalidades que debe tener la respuesta al crimen, por lo que es importante reconocer el sufrimiento ocasionado a la víctima, repararle el daño que le fue ocasionado y restaurarla en su dignidad, más que castigar al responsable a quien debe tratar de reincorporar a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales...”

Tratándose de un nuevo paradigma penal, la justicia restaurativa encuentra objeciones y oposiciones, en quienes defienden la forma tradicional de castigo al delito, y generalmente la consideran inapropiada e insuficiente, para garantizar la no impunidad frente a delitos como las violaciones a los derechos humanos, sin embargo la citada autora insiste “...Una visión como la planteada a través del paradigma de la justicia restaurativa encuentra justificación en el hecho de que el castigo retributivo de quien ha cometido una conducta punible es insuficiente para restablecer la restauración del tejido social , pues no toma en cuenta a la víctima y sus necesidades , ni permite la adecuada reincorporación del delincuente a la vida en sociedad. Bajo este supuesto la visión restauradora no se fundamenta en la culpa del ofensor, sino que otorga una importancia fundamental a la víctima y a la búsqueda de aquellos mecanismos a través de los cuales el que ha causado un daño puede adquirir conciencia de este, reconocer su responsabilidad y procurar repararlo...”

La Sociedad Científica de Justicia Restaurativa, considera que para tener un entendimiento pleno y una visión cabal de los alcances de la justicia restaurativa o reparadora, es necesario contraponerla y compararla con los mecanismos tradicionales de justicia retributiva y en tal sentido puntualizan : a ) mientras la Justicia retributiva centra su análisis en la violación de las normas jurídicas. La justicia restaurativa se centra en la vulneración de las relaciones entre las personas, en el daño que se les ha causado. b) En la justicia retributiva el Estado se queda con la propiedad del conflicto, intenta defender la norma violentada y decidir de acuerdo con esto el castigo y la culpa. El estado asume como propio el delito y deja al margen a la victima

considerando el hecho como algo de e, frente al infractor En el caso de la Justicia restaurativa, se trata de defender a la víctima al determinar que daño ha sufrido y que debe hacer el infractor para compensarlo. c) En la aplicación de la Justicia retributiva el estado busca como castigo a la vulneración de la norma creada por el mismo y también como afrenta personal, que el infractor se separe de la comunidad a través de la privación de su libertad.

En las situaciones tuteladas por la Justicia restaurativa, se procuran alternativas a la prisión, o al menos a la disminución de la estancia en ella cuando sea posible, y en todo caso busca atender las necesidades de las personas que sufren el delito a través de la reconciliación, restauración de la armonía, de la convivencia humana y la paz. d) En la aplicación de la justicia retributiva se defiende la autoridad de la ley y se castiga a los infractores, en la justicia restaurativa se reúne a las víctimas y al infractor en una búsqueda de soluciones. Finalmente dentro del modelo de justicia penal tradicional se mide cuanto castigo corresponde al infractor, mientras en el paradigma alternativo de justicia restaurativa o reparadora se estima cuantos daños pueden ser prevenidos o reparados.

Como el fin último de la justicia transicional además de la justicia, la verdad y la reparación y reconocimiento de las víctimas, es lograr reconstruir el tejido social, logrando superar el pasado y obteniendo la reconciliación de los ciudadanos, la justicia restaurativa se adecua a esos propósitos pues como lo constata la misma Esperanza Najar Moreno "...Quienes defienden la posición restaurativa al interior de los procesos de justicia transicional plantean que es a través del dialogo entre víctimas y victimarios y de la concesión del perdón de aquellas a estos que las sociedades logran sanar las heridas dejadas por las masivas violaciones de derechos humanos / y las infracciones al derecho internacional humanitario cometidos en el periodo de conflicto o durante los regímenes de facto anteriores a la transición permitiendo de esta manera que se logre la estabilidad y durabilidad del orden democrático y pacífico alcanzado..."

Sin embargo entre académicos y en el seno de la propia opinión pública de los países que han vivido situaciones post conflicto, no cesa el debate sobre la utilidad y eficacia de los métodos tradicionales de justicia retributiva Vs. Los mecanismos restaurativos como generadores de no impunidad, y de garantía de no repetición de las violaciones a los derechos humanos sufridas. La victoria obtenida por el NO en el reciente plebiscito convocado por el gobierno de Colombia para refrendar los acuerdos de paz suscritos con las FARC- EP estuvieron precedidos por un debate entre quienes sostenían que las formulas de justicia restaurativas previstas en el acuerdo, dejaban en la impunidad los graves crímenes y violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario , cometidos por el grupo insurgente a lo largo de más de 50 años de acciones armadas, y que sus promotores y ejecutores debían ser sometidos a la justicia penal tradicional.

El gobierno de Colombia y quienes lo respaldaban en la firma del tratado de paz, por su parte afirmaban, que si este era imperfecto, obedecía a la necesidad de pactar el fin de un conflicto sangriento y desgarrador para la sociedad y el pueblo colombiano, y que el objetivo de la paz y la reconciliación debía privilegiarse incluso frente al castigo pleno y por métodos de la justicia retributiva de los jefes del grupo irregular, que por lo demás no había podido ser derrotado plenamente ni vencido por métodos militares, por lo que se imponían mutuas concesiones que en todo caso le ahorrarían a Colombia la prolongación de pérdidas humanas y materiales que significaría la prosecución del conflicto armado.

Esta discusión ha tenido intérpretes en el mundo académico, entre defensores y detractores de la justicia restaurativa aplicada a los procesos transicionales, Ignacio Forcada (2011: 90,91 y 92) la comenta "...Mayores discrepancias aparecen sin embargo cuando se trata de analizar los efectos de mecanismos de transiciones específicos. Kim y Sikkink por ejemplo, encuentran evidencia cuantitativa significativa que apoya la idea de que los enjuiciamientos tienen un importante efecto disuasorio y contribuyen a una disminución de las violaciones de los derechos humanos. También Lie, Binningsbo y Gates consideran que los enjuiciamientos contribuyen a una paz más duradera, aunque ese efecto se demuestre más claramente si el conflicto terminó con victoria clara de una de las partes.

Olsen, Payne y Reiter en cambio consideran que los enjuiciamientos por sí solos no tienen un efecto estadístico significativo sobre el respeto de los derechos humanos y la democracia. También Mendeloff considera que existe poco apoyo empírico para concluir que los enjuiciamientos tienen alguna posibilidad de crear tipos de cambios en las ideas y creencias que sirven para prevenir futuros conflictos. Rhoms, Ron y Paris advierten especialmente que las trampas que encierran los enjuiciamientos que pueden impedir que los líderes rebeldes pongan fin a la guerra a través de un acuerdo de paz, o provocar que los líderes autoritarios permanezcan en el poder por temor a la persecución. Además los líderes sometidos a procesos penales pueden utilizar el procedimiento para promover los sentimientos nacionalistas en el país, socavando eventualmente los esfuerzos de reconciliación. Incluso la rendición de cuentas individuales pueden dar a las poblaciones implicadas la oportunidad de negar su propia responsabilidad por los delitos cometidos en su nombre..."

Como se pone de manifiesto en el criterio discrepantes de los estudiosos del tema, y en los fundamentos teóricos-prácticos de sus posiciones, se trata de un aspecto polémico, entre otras cosas porque la Justicia transicional, asentada en la concepción innovadora de la Justicia restaurativa o reparadora involucra romper con una tradición del derecho penal que parte del castigo y la pena como elementos centrales para garantizar la no impunidad, y por tanto no es fácil el tránsito hacia un nuevo modelo

que busca en la verdad, la reparación y la reconciliación colocar a la víctima en el centro de sus objetivos.

En buena medida será el balance de los procesos transicionales en términos de conciliación entre Justicia y Reconciliación, que conduzcan a sanar las heridas que un pasado de violaciones a los derechos humanos deja en las sociedades sometidas a esas prácticas, lo que permitirá que el nuevo paradigma penal de una justicia restaurativa, reparadora y sanadora, deje atrás el viejo modelo retributivo del castigo y la pena como objetivo central del sistema penal.