

CONCEPCIÓN DEL DERECHO: APLICADO EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y OPORTUNIDAD DE HACERLO TRAVÉS DEL EMPLEO²⁴

CONCEPTION OF LAW: APPLIED IN RESTORATIVE JUSTICE AND OPPORTUNITY TO DO IT THROUGH EMPLOYMENT

Eduard Humberto Rodriguez Meléndez²⁵

Sergio Luis Mondragón Duarte²⁶

Edward Fabián Ospina Torres²⁷

Laura Marcela Franco Mateus²⁸

Denisse Herreno Castellanos²⁹

Pares evaluadores: Red de Investigación en Educación, Empresa y Sociedad – REDIEES.³⁰

²⁴ Derivado del proyecto de investigación: Caracterización interdisciplinaria de la justicia restaurativa en Colombia, aprobado en la convocatoria interna de la Sede Bucaramanga (Santander – Colombia) del programa de derecho de la Vicerrectoría de Investigaciones de la Corporación Universitaria Remington desde el año 2022. Financiación: 19.120.000

²⁵ Docente investigador, Licenciado en Filosofía y Ciencias R, abogado, magister en Hermenéutica Jurídica, Derecho, Gestión Pública y Gobierno, especialista en Derecho administrativo, Docencias Universitaria y Gerencia pública. Forma parte del Grupo de investigación GISOR, clasificado en categoría B por Minciencia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7117-4532> E-mail: eduard.rodriquez@uniremington.edu.co.

²⁶ Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional, Especialista en Contratación Estatal, Magister en Derecho Público con Doctorado en Seguridad Humana y Derecho Global de la Universidad Autónoma de Barcelona. Investigador reconocido en la categoría “Asociado” por Minciencias. Coordinador de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Corporación Universitaria Remington. Correo electrónico: sergio.mondragon@uniremington.edu.co.

²⁷ Abogado de la Universidad industrial de Santander, Especialista en derecho trabajo de la Universidad Nacional; Especialista en salud ocupacional y Riesgos Laborales de la Universidad Manuela Beltrán; Candidato a magister en derecho del trabajo y relaciones laborales internacionales de la Universidad Nacional de 3 de febrero de Argentina; docente universitario de la Uniremington. fabian_ospina_torres@hotmail.com.

²⁸ Abogada, Universidad Santo Tomás de Bucaramanga, Especialista en derecho comercial, Universidad Autónoma de Bucaramanga, Magister en Derecho, Universidad Pontífice de Bolivariana; Especialista en Contratación Estatal, Universidad Santo Tomas de Bucaramanga; Candidata a doctorado en derecho público de la Universidad Santo Tomas de Tunja; Docente investigadora de la Corporación Uniremington- Sede Bucaramanga; laura.franco@uniremington.edu.co. <https://orcid.org/0000-0003-2439-7359>

²⁹ Abogada, Especialista en Ciencia Política - Universidad Autónoma de Bucaramanga; Máster en Estudios Política FIIAPP -INAP Madrid; Doctorado (curso) Estudios Políticos – Universidad Externado de Colombia.

³⁰ Red de Investigación en Educación, Empresa y Sociedad – REDIEES. www.rediees.org

4. CONCEPCIÓN DEL DERECHO: APLICADO EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y OPORTUNIDAD DE HACERLO TRAVÉS DEL EMPLEO³¹

Eduard Humberto Rodriguez Meléndez³², Sergio Luis Mondragón Duarte³³, Edward Fabián Ospina Torres³⁴, Laura Marcela Franco Mateus³⁵, Denisse Herreno Castellanos³⁶

RESUMEN

La presente investigación con enfoque descriptivo-explicativo, basado en un estudio de caso, tiene como objetivo plantear nuevas estrategias de restauratividad en el sistema judicial, que permitan recuperar el sentido de humanidad en el marco de la justicia restaurativa. De esta manera, desde el análisis de la teoría tridimensional del Derecho, se obtiene como resultado principal el cuestionamiento del paradigma que separa la justicia de la restauración, articulando de forma armónica los propósitos de la pena con la finalidad del derecho, de forma que se pueda hablar de una verdadera justicia restaurativa. A partir de lo anterior, se llega a la conclusión que distintas estrategias y acciones enmarcadas en el empleo y el trabajo, dignifican a la persona en el cumplimiento de la resocialización de la pena, logrando una cohesión social que posibilita la ocupación de personas que cometieron algún delito, para reflejar la efectividad de la justicia restaurativa con sentido social.

³¹ Derivado del proyecto de investigación: Caracterización interdisciplinaria de la justicia restaurativa en Colombia, aprobado en la convocatoria interna de la Sede Bucaramanga (Santander – Colombia) del programa de derecho de la Vicerrectoría de Investigaciones de la Corporación Universitaria Remington desde el año 2022. Financiación: 19.120.000

³² Docente investigador principal del proyecto de la Sede Bucaramanga. eduard.rodriquez@uniremington.edu.co.

³³ Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional, Especialista en Contratación Estatal, Magíster en Derecho Público con Doctorado en Seguridad Humana y Derecho Global de la Universidad Autónoma de Barcelona. Investigador reconocido en la categoría “Asociado” por Minciencias. Coordinador de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Corporación Universitaria Remington. Correo electrónico: sergio.mondragon@uniremington.edu.co.

³⁴ Abogado de la Universidad industrial de Santander, Especialista del trabajo de la Universidad Nacional; Especialista en salud ocupacional y Riesgos Laborales de la Universidad Manuela Beltrán; Candidato en magister en derecho del trabajo y relaciones laborales internacionales de la Universidad nacional de 3 de febrero de Argentina; docente universitario de la Uniremington. fabian_ospina_torres@hotmail.com.

³⁵ Abogada, Universidad Santo Tomás de Bucaramanga, Especialista en derecho comercial, Universidad Autónoma de Bucaramanga, Magister en Derecho, Universidad Pontificia de Bolivariana; Especialista en Contratación Estatal Universidad Santo Tomás de Bucaramanga; candidata a doctorando en derecho público de la Universidad Santo Tomás de Tunja; Docente investigadora de la Corporación Uniremington- Sede Bucaramanga; laura.franco@uniremington.edu.co.

³⁶ Abogada, Especialista en Ciencia Política - Universidad Autónoma de Bucaramanga; Máster en Estudios Política FIIAPP -INAP Madrid; Doctorado (curso) Estudios Políticos – Universidad Externado de Colombia.

ABSTRACT

This research with a descriptive-explanatory approach, based on a case study, aims to propose new restorative strategies in the judicial system, which allow the recovery of the sense of humanity within the framework of restorative justice. In this way, from the analysis of the three-dimensional theory of Law, the main result is the questioning of the paradigm that separates justice from restoration, harmoniously articulating the purposes of punishment with the purpose of law, so that can speak of true restorative justice. Due to the above, it is concluded that different strategies and actions framed in employment and work, dignify the person in the fulfillment of the resocialization of the sentence, achieving a social cohesion that enables the occupation of people who committed a crime to reflect the effectiveness of restorative justice with a social sense.

PALABRAS CLAVE: Cohesión Social, Empleo, Justicia Restaurativa, Resocialización de la Pena, Tridimensión del Derecho.

Keywords: Social Cohesion, Employment, Restorative Justice, Resocialization of the Penalty, Three-Dimensional Law.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación, con enfoque descriptivo-explicativo, tiene como objetivo plantear nuevas estrategias de restaurativo en el sistema judicial, a partir del estudio de un caso, en el que se permita poner en evidencia científica y filosófica que las medidas de resocialización de actuales deben ser adecuadas al cumplimiento de fases enmarcadas en el reconocimiento de responsabilidad, la reparación y la prevención del daño, la promoción del mejoramiento vital y viable de las víctimas y la reintegración con la comunidad desde el fortalecimiento de las relaciones sociales.

En ese sentido, el concepto de humanidad es el que debe privilegiar por encima de la institucionalidad y la misma ley, destacando en el caso “de la caverna” objeto de estudio, una situación de emergencia o estado de necesidad, cuyo resultado hubiese sido distinto a cualquier otro, como sería la pérdida de los exploradores al no tener comida, agua o los medios necesarios para sobrevivir durante los días que estuvieron encerrados bajo suelo. Es por esta razón, que de forma análoga se hará la reflexión en torno a la supervivencia en el marco de la privación de la libertad, para demostrar que se requiere de una flexibilidad del derecho, en aras de superar la fragmentada comunicación en el desarrollo de la administración de justicia con el investigado, acusado o condenado, al igual que con las víctimas.

De manera que, a partir de casos difíciles como el planteado, es que puede proponerse la justicia restaurativa, sin evocar a especializaciones paradigmáticas propias del iusnaturalismo, pues estas se pueden sustituir por estructuras propias de la tridimensión constitutiva del Derecho, donde la parcelación absurda de un paradigma no afecte a la naturaleza misma de lo que significa e implica la justicia y la restauración. En ese sentido, ha de pretenderse que el Derecho no se desarticule en esencia, toda vez que ello podría afectar su finalidad que es la justicia, y por ende los propósitos de la pena que, en este caso, sería el de la condena con restauración.

Así pues, se hará un desarrollo de distintas estrategias y acciones que pueden generar un concepto novedoso de la restauración en el marco de la resocialización de la pena, como es el caso del empleo y del trabajo, a través de los cuales se pretende dignificar a toda persona, para que se puedan superar las barreras de desigualdad y discriminación en el marco de la

reducción de la pobreza de forma inclusiva e incluyente. Todo lo anterior, en aras de garantizar la cohesión social entre los integrantes del conglomerado, posibilitando la ocupación de las personas que desplegaron comportamientos constitutivos de delito, pues es a partir de acciones como estas que se podrá reflejar la efectividad de la justicia restaurativa con sentido social.

En virtud de lo anterior, es que se propone como estructura de contenido para el desarrollo argumentativo de la actual pesquisa la siguiente: *i. Concepciones Del Derecho: aplicado Argumento De Los Jueces Que Resolvieron El Caso De Los Exploradores De Cavernas el 2 de abril del año 3300. ii. Justicia restaurativa como medida de solución de conflicto y iii. Empleo como forma de reparar el tejido social.*

MATERIAL Y MÉTODOS

La metodología en la elaboración del presente texto corresponde al enfoque cualitativo, toda vez que se hace una revisión del tema abordado a partir de un estudio de caso, revisado y analizado desde el objeto de estudio que se da en él específicamente del *Caso de la Caverna*.

Al igual, el objeto de estudio permite la descripción en la línea del hilo conductor que retoma los criterios con que el caso fue analizado de acuerdo con el tema revisado, observa la forma en que el proceso de desarrollo del trabajo se inscribe en la tipología de la investigación descriptiva, desde el análisis del hecho u ocurrencia basada en la indagación sobre el hecho estudiado, y de esta manera entender el desarrollo del caso revisado.

El método de revisión desde la hermenéutica y la descripción permitirá el análisis desde la narrativa que recae sobre el propio objeto de estudio, caracterizando el texto desde y con ello permite que se rescate la interpretación de este, como una tipología que deje observar en conjunto el aporte de la narrativa primaria del caso, a la revisión del tema del empleo como una forma de acceder a la reparación del tejido social enmarcada en la justicia restaurativa.

RESULTADOS

En el presente documento abordaremos así: i. Concepciones Del Derecho: aplicado Argumento De Los Jueces Que Resolvieron El Caso De Los Exploradores De Cavernas el 2 de abril del año 3300. ii. Justicia restaurativa como medida de solución de conflicto y iii. Empleo como forma de reparar el tejido social.

CONCEPCIONES DEL DERECHO: APLICADO ARGUMENTO DE LOS JUECES QUE RESOLVIERON EL CASO DE LOS EXPLORADORES DE CAVERNAS EL 2 DE ABRIL DEL AÑO 3300.

En el presente documento abordaremos la concepción de derecho analizando las posturas de los magistrados que fallaron la segunda instancia:

Hallándose dividido en forma pareja el voto de los miembros de la corte, la sentencia condenatoria del tribunal a quo es **CONFIRMADA**. Se ordena que la ejecución de la sentencia tenga lugar el viernes 2 de abril de 3300 a las 6 de la mañana, oportunidad en la que el Verdugo Público proceder con la diligencia del caso a colgar a cada uno de los acusados del cuello hasta que muera. (Fuller, 2002, pág. 2)

En el caso de los exploradores de las cavernas expuesto por el autor (Fuller, 2002); en él abordaremos las posturas de los magistrados miembros de la Suprema Corte de Newgarth del año 4300 en el que sentenciaron en segunda instancia de la sentencia proferida por el Tribunal del Condado de Stowfield en donde los declaro cúmplales y condenados a la horca.

La concepción del derecho a nuestros días es necesario advertir que ha tenido una evolución a través de la historia, cultura, otras disciplinas que nos permita establecer desde su inicio hasta la evolución a la fecha. Por lo que es necesario entender de donde nace el derecho para entender cuál es su finalidad y su aplicación en los diferentes casos específicos. Por lo anterior, según Canelutti (1998) define la palabra derecho como:

La idea de ley; incluso, la de esos conjuntos de leyes que se llaman códigos. Es una definición empírica, pero provisionalmente podemos aceptarla: un conjunto de leyes que regulan la conducta de los hombres.

Por lo demás, es la definición predominante, hasta ahora, también en el campo de la ciencia. (Canelutti, 1998, p.70)

Por otra parte, el catedrático de filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante en España, Manuel Atienza (cómo se citó en García Manríquez, 2022) ha manifestado que:

El Derecho se encuentra presente en cualquier suceso que se lleve a cabo a nuestro alrededor y más directamente en la sociedad en la cual vivimos, ¿ello hace que ésta sea justa?, ésta es una de las interrogantes que desarrolla en este trabajo en donde concluye que el que una sociedad sea por demás compleja en instrumentos jurídicos que regulen la conducta de los hombres, ello no significa que sea más justa. Lo anterior nos hace concluir que no en todas las comunidades sociales existe en igual medida eso que llamamos Derecho, y más aún, se llega a deducir que existen sociedades sin derecho, sin embargo, para diferenciar entre unos y otros se habla de grados de juridicidad. (Atienza como se citó en García, E, 2022, p. 408)

Por lo anterior, debemos entender que inicialmente el derecho nace del iusnaturalismo de los principios religiosos como de lo natural del ser humano, para que después se regulara a través de las normas de los nombres en que hoy los reconocemos como el derecho positivo; en el que es de obligatorio cumplimiento para las personas que hacen parte del estado en donde se regula su comportamiento a través de la ley que determina: lo que es permitido, reconoce los derechos y castigar a los individuos que se comportan por fuera del interés general. Es decir, una conducta ilícita que debe ser castigadas.

Es porque es necesario advertir de los hechos de nuestro documento objeto de estudio que corresponde a “*El caso de los exploradores de las cavernas*” (Fuller, 2002); el cual describe como 5 exploradores que se adentraron a una caverna, y posteriormente no lograron volver a salir, derivada de una avalancha; a través de su equipo de expedición tenían una radio de comunicación que lograron comunicarse con el exterior, en donde le informaron que estaban haciendo todo lo humano para lograr liberarlos; por lo que le informaron que el rescate podría durar 10 días; circunstancias que no era viable su supervivencia sin comida, y líquido; por lo que desde su tragedia reflexionaron y previamente a que se acaba la batería de su equipo de comunicación decidieron preguntar a las personas si podrían sobrevivir si se

comían uno de sus compañeros, por lo que nadie les dio respuesta a su interrogante; posteriormente, lograron liberarlos de su presión terrestre en el que evidenciaron que hacía falta uno de los integrantes en el que la suerte fue la muerte posteriormente ser devorado por sus acompañantes; en el juicio se logró probar que había un acuerdo entre los 5 integrantes en tirar a la suerte quien sería el sacrificado en pro de salvar la vida de los demás.

Al momento de resolver el caso, existía en el ordenamiento jurídico la tipificación del delito de homicidio en el que establecía lo siguiente: “Quien quiera privar intencionalmente de la vida a otro será castigado con la muerte” lo que es caro, es que existe una norma penal que establece claramente el hecho y la sanción en el caso de que suceda; ahora bien, en este caso fue estudiado por tres jueces en que resolvieron el caso de la siguiente manera:

Ministro Foster

Aduce que no está de acuerdo con que se condene a los exploradores debido a que considera dicha postura sórdida y tan obvia, por el contrario, este caso debe ser valorado por lo que considera que los cuatros exploradores no son asesinos y, por el contrario, desde el derecho se deben declarar inocentes por lo siguiente:

- Aduce la necesidad que el derecho positivo de este Commonwealth, incluyendo todas sus leyes y todos sus precedentes. Es inaplicable a este caso, y que el mismo se halla regido por lo que los antiguos autores de Europa y América llamaban "el derecho natural". Esta conclusión se basa en la proposición de que nuestro derecho positivo presupone la posibilidad de la coexistencia de los hombres en sociedad, por lo tanto, no se encontraban en un estado de sociedad civil, sino en un estado de naturaleza.
- El rechazo por vía de hipótesis de todas las premisas con las cuales he trabajado hasta ahora. Concedo a los fines de la argumentación que estoy equivocado al afirmar que la situación de estos hombres los sustrajo de los efectos de nuestro derecho positivo, y doy por sentado que nuestra Recopilación de leyes tenía el poder de penetrar quinientos pies de roca e imponerse a aquellos hombres hambrientos, acurrucados en su prisión subterránea. Aduce que los hombres han cometido un

acto se vulnera el texto literal de la ley penal, pero es cierto, que un hombre puede violar la letra de la ley sin violar la ley misma.

Ministro Tattng

Aduce el magistrado que en el caso logro disociar los aspectos emotivos e intelectuales de sus reacciones y decidir el caso sub-examen de la siguiente manera:

- Aquellos hombres no estaban sujetos a nuestra ley porque no se encontraban en un "estado de sociedad civil": sino en un "estado de naturaleza". No veo claramente el porqué de ello; si es por el grosor de la capa pétrea que los encerraba, o porque estaban hambrientos, o porque habían establecido "una nueva carta de gobierno" con arreglo a la cual usuales reglas jurídicas debían suplantarse por un tiro de dados.
- Es cierto que una ley debe aplicarse a la luz de su propósito, y que uno de los propósitos de la legislación penal es reconocidamente la prevención. La dificultad consiste en que también otros propósitos se adscriben a la ley penal.

Por lo anterior, si una persona no puede justificar ante la ley el hurto; mucho menos pueden justificar la muerte de una persona y comérselo, por lo que dicha acción se pudo evitar o por lo menos esperar otros días adicionales.

Y concluye diciendo: "Me choca lo absurdo de condenar a muerte a estos hombres cuando sus vidas han sido salvadas al costo de las vidas de diez heroicos obreros. No puedo dejar de lamentar que el señor Fiscal haya creído adecuado acusar por asesinato" (Fuller, 2002, p.18).

Ministro Keen

Aduce el magistrado plantea 2 situaciones para dar su criterio profesional:

- Si procede o no conocer a los acusados clemencia ejecutiva en el caso de que la sentencia fuera confirmada. Aduce que dicha decisión se encuentra por el poder ejecutivo y no para los jueces.
- Decidir si lo que estos hombres hicieron fue "justo" o "injusto", "malo" o "bueno". También ésta es una cuestión irrelevante para el desempeño de mi cargo como juez, pues he jurado aplicar, no mis concepciones de moralidad,

sino el derecho del país. Al poner esta cuestión a un lado, creo que también podré seguramente descartar sin comentario la primera y más poética porción del voto de mi colega Foster. El elemento de fantasía encerrado en los argumentos allí desarrollados ha sido suficientemente puesto en claro por la tentativa, en alguna medida solemne, de mi colega Tatting, de tomar aquellos argumentos en serio.

Por lo anterior, considera que la ley es clara y, por tanto, se debe aplicar debido a que las obligaciones de su cargo exigen que los acusados sean condenados. (Fuller, 2002, p. 70).

Ahora bien, la tesis realizadas por los tres magistrados podríamos inferir que se encuentra entre el derecho positivo de la norma; sin optar otras corrientes como es el realismo jurídico; si no por el *contrattio censu* la sentencia adoptada por los magistrados se puede analizar si la misma tiene validez con pertinencia y validez con aplicabilidad; es pertinente advertir que una norma es válida, en el sentido que pertenece a un sistema jurídico de reconocimiento de la sociedad, por otra parte, una norma es válida en el sentido que se aplique a un caso, si y solo si existe otra norma que es un miembro del sistema que autoriza u obliga a los órganos de aplicación aplicarla para ese caso en concreto. Ahora bien, esto trae consecuencias que probablemente se aplique y sea válida, pero dicha sentencia no sea justa para el caso objeto de sentencia como sucede en el caso de los exploradores de la cavernas.

Por lo anterior, se considera que la valoración de los jueces es absurda debido finalmente los condenaron a la pena, olvidando el esfuerzo de rescatarlos; así como las diez vidas que fueron perdidas de los rescatistas y el dinero dispuesto en pro de salvar las vidas de los expedicionistas; ahora bien, en el presente caso a pesar de que exista la ley en particulares como este no tiene sentido su aplicación debido a que los 5 exploradores se encontraban en un estado de necesidad que deben salvaguardar su vida. Es por ello esta condena es injusta desde el punto de vista del derecho, al darse su aplicación a la literalidad hace que se condene personas que no necesariamente sean culpables si no, por el contrario, sean víctimas del mismo estado, ya sea porque por su operador de administración de justicia, por ocultamiento o poca valoración de las pruebas.

JUSTICIA RESTAURATIVA COMO MEDIDA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTO

En el presente *caso sub judice de los exploradores de cavernas* apunta a una propuesta para la enseñanza y el aprendizaje de la Justicia restaurativa como medida de solución de conflicto, donde se hace desde los procesos del intérprete del derecho, mirando sus competencias en las dimensiones del ser, del pensar y del hacer, al igual, que el ejercicio argumentativo en las interacciones dialécticas y dialógicas que este sujeto establece con los paradigmas imperantes en el Derecho, el cual debe concebirse un Derecho Triádico donde imperan metaparadigmas positivistas, realistas e iusnaturalistas; cuyas fortalezas parten desde los mismos procesos de pensamiento lógico-analítico, creativo y holístico-sintético.

La condena de la pena de los rescatados en la caverna se ha caracterizado por el exceso de formalización con un fuerte acercamiento al positivismo lógico que genera una separación con el estado de naturaleza de supervivencia, incluso olvidándose de las marcas biológicas del *homo sapiens-demens*, donde las conductas son recursivas, es decir, son producidas y, al mismo tiempo, productoras; como establece Morin (1998):

Un proceso recursivo es aquel en el cual los productos y los efectos son, al mismo tiempo, causas y productores de aquello que los produce. Reencontramos el ejemplo del individuo, somos los productos de un proceso de reproducción que es anterior a nosotros. Pero, una vez que somos producidos, nos volvemos productores del proceso que va a continuar. Esta idea es también válida sociológicamente. La sociedad es producida, retro actúa sobre los individuos y los produce. Si no existiera la sociedad y su cultura, un lenguaje, un saber adquirido, no seríamos individuos humanos. (Morin, 1998, p. 67-68).

La deficiencia de los procesos restaurativos ha sido afectada por decisiones con paradigmas disyuntos y fragmentados, cuando la hermenéutica jurídica está limitada por mono discursos positivista, mecanicista, normativista, textualista, bajo la cual la norma requiere de una lógica interna desde el imperio de la validez jurídica, convirtiendo la hermenéutica Jurídica en una técnica jurídica. Por ello, se plantea en este acápite sobre ¿Qué paradigmas interpretativos existen interna y externamente en las decisiones de los tres jueces?, ¿qué forma la justicia restaurativa es un anillo articulador de los diversos paradigmas *iusfilosóficos* en lo referente a mediada de solución de conflictos?

El problema opera cuando no somos conscientes de nuestros propios paradigmas y fortalezas en el proceso de pensamiento, llegando al punto de una patología del saber jurídico, donde impera los principios de disyunción, reducción y abstracción, cuyo conjunto constituye lo que llamamos el “*Paradigma de simplificación*”. Tal disyunción y simplificación priva la posibilidad de un Derecho que supere los Trilemas de la eficacia, la validez y la justicia, aislando radicalmente entre sí a las tres grandes dimensiones del Derecho: realidad, norma y valor.

La única manera de remediar esta disyunción ha sido a través de otra simplificación: la reducción de la eficacia y lo justo a lo válido (positivismo), de lo válido y lo eficaz a lo justo (iusnaturalismo), de lo justo y lo válido a lo eficaz (realismo). Una hiperespecialización paradigmática habría aún de desgarrar y fragmentar el tejido complejo de la realidad en el Derecho. (Rodríguez Meléndez, 2009, pág. 18)

Es sabido que la teoría dominante sobre el Derecho se funda en consideraciones monodisciplinares donde el problema de la justicia-legitimidad es estudiado desde la filosofía política y Filosofía moral, la validez estudiada desde la teoría jurídica, y la eficacia estudiada desde la sociología jurídica, conduciendo a la oposición entre las nociones de valor, norma y realidad.

El problema aflora repetidas veces de manera rota, fragmentaria, superficial y aislada, quedando en entredicho la naturaleza del estatus hermenéutico en el Derecho, incluso el ser mismo del Derecho. Esta demarcación de fronteras y ópticas son resultado de paradigmas dominantes que se evidencia en el devenir histórico, y que repercuten en la resolución de casos difíciles, olvidándose del sentido de lo que es justo desde la restauración de derechos.

En relación con el *caso sub judice* en el panorama de la justicia restaurativa, implica mirar desde el iusnaturalismo de J. Finnes donde los medios no eran buenos para alcanzar como fin la salvaguarda de la vida de los cinco exploradores, debido a que no era el medio adecuado desde la razonabilidad práctica, ya que, no es matar a una persona (vulnerando el bien de la vida) para salvar otras vidas:

Cuestionamos su actitud porque consideramos que está actuando de forma desproporcionada, y, en consecuencia, de forma incorrecta. La moral es la que debe darnos fundamento para rechazar ciertas elecciones que se

encuentran disponibles, aun cuando deje abiertos más de un curso de acción legítimos. (Bonorino & Peña Ayazo, 2006, pág. 16)

Los cinco exploradores que salvaguardaron su vida atentaron el bien básico de la vida de quienes se vieron afectados y víctimas del homicidio, luego sería interesante aplicar el aforismo de Ulpiano el derecho es dar a cada uno lo suyo, cuestión que no puede dejar solo desde lo justo, sino que debe estar acompañado de un adjetivo que es “restaurativa”, diferenciando a otros tipos de justicia tradicional como es la represiva, ya que, no son pertinentes en la solución de los conflictos.

Salvaguardar la vida no justifica un medio de arrebatar la vida a otro, ya que, el comportamiento fue desviado con consecuencias del delito frente al ofendido, pero también frente a la víctima, que en este caso no puede ser relegada a un segundo lugar, sería victimizarla de nuevo. Los cinco exploradores delinquieron y deben responsabilizarse del delito cometido, esto significa, la forma de reparar el daño de manera humana e integral no solo para ellos sino para la víctima, contribuyendo una resolución del conflicto que enfrentan las partes, pero que más allá, requieren restaurar las relaciones interpersonales con las víctimas, que en forma indirecta serían los familiares de quienes fueron arrebatados en sus vidas, esto significa, integrar las víctimas, los victimarios y la comunidad de origen.

Por esta razón, es necesario plantear nuevas estrategias de restaurativo en el sistema judicial, donde se incluya las siguientes fases: 1- Reconocimiento de la responsabilidad, 2- Reparación y prevención de los daños, 3- Promoción de mejoramiento vital y viable de las víctimas, y 4- Reintegración con la comunidad desde resoluciones de conflicto incluyentes en las relaciones sociales. Además, estas fases requieren, como elemento *sine qua non* de la justicia restaurativa, la existencia de la voluntad de diálogo sincero y respetuoso, en el encuentro entre victimarios y víctimas:

Afirman con rotundidad que el encuentro entre las partes ofrece a las víctimas la posibilidad de que se les restituya o se les repare el daño causado; les da voz para expresar sus sentimientos, las consecuencias que para ellas ha tenido el delito y para decidir sobre los efectos del mismo; contribuye a reducir el miedo e incrementar la sensación de seguridad cuando la víctima, a través del diálogo, ve la persona que hay detrás de quien la agredió. (Bernuz Beneitez & García Inda, 2015, pág. 14).

La justicia restaurativa requiere en su seno, de la tridimensión constitutiva del concepto de Derecho, realidad, norma y valor, que debe dejar la exclusión epistemológica, ya que, actualmente, no podemos escapar a la cuestión: ¿Debe pagarse la fragmentación con la disyunción e incomunicabilidad entre lo que está separado? ¿Debe pagarse la especialización paradigmática con una parcelación absurda que afecte la naturaleza de la justicia? ¿Es necesario que el Derecho se disloque al perder su norte de justicia? Sin omitir que al tratar la justicia tiene implícito un filosofar moral:

Toda teoría de la justicia tiene una naturaleza predominantemente moral, es un aspecto o rama de la ética o filosofía moral, cercanamente emparentada con la filosofía política. Una teoría de la justicia, o la teoría sobre un tipo de justicia, trata ante todo de los problemas morales que se suscitan en determinadas situaciones o relaciones, y del modo y los instrumentos para solucionar justamente esas situaciones o relaciones. (García Amado, 2015, pág. 138).

Desde Platón y Aristóteles, la justicia fue el tópico griego por discutir, cuyos estudios filosóficos llevaron a un iusnaturalismo metafísico y ético, por otro lado, en la edad media, con San Agustín de Hipona y Santo Tomás de Aquino se preserva el iusnaturalismo teológico haciéndose extensivo en el siglo XX con los bienes básicos de Finnis y en la modernidad el iusnaturalismo racionalista de Hobbes. Esta primera frontera histórica o habitación generó la búsqueda de preservación de unos valores *statu quo* cultural, donde el Derecho debe preservar el orden cultural desde unos principios universales. En Kant, la justificación moral, en términos de universalidad, autonomía y libertad, fija los límites de la validez del derecho y de la legitimidad del contrato social.

En la segunda frontera histórica o habitación Kelsen (1970) toma la herencia del iusnaturalismo liberal, haciendo sus ajustes, donde el problema es la validez, ya no es la comunidad, sino el sujeto jurídico, se pasa del Derecho subjetivo al Derecho objetivo; se deja de lado la justificación y la eficacia. El positivismo Kelseniano muestra que el Derecho tiene unos criterios autonómicos e independientes de la moral, donde existen dos condiciones que hacen que el Derecho puede ser considerado ciencia: un sistema jurídico y una norma básica. Después del holocausto Nazi, surge la tercera frontera histórica o habitación, que es el realismo jurídico que resquebraja la teoría pura del Derecho. De las tres fronteras o

habitaciones se infiere que el problema es pensar el Derecho desde una historia sin fronteras o una casa con habitaciones abiertas en sus ventanas y puertas. (Kelsen, 1970).

Desde esa perspectiva histórica, el juez o interprete del derecho, se articula con la caracterización de lo que podría ser la estructura de los procesos de pensamiento, donde se generan fronteras que separan los tres dominios de pensamiento, apareciendo brechas en el seno de cada paradigma cerrado, a través de los cuales la perplejidad interpretativa del derecho fruto de unos paradigmas culturales del momento histórico va de la mano con procesos de pensamiento imperantes en el sujeto que aborda el estudio del Derecho y motiva con decisión los casos difíciles o fáciles.

Sin embargo, tales paradigmas del intérprete del derecho, no pueden limitar y condicionar la justicia restaurativa, ya que puede desvirtuar lo justo, cuando no se restaura a las víctimas y no se humaniza al victimario. En otras palabras, las víctimas de quienes murieron en la caverna (ofendidos) reclaman justicia, y esto se traduce a que paguen los infractores del delito por lo que hicieron, pero con compensaciones morales y materiales, incluso psicológicas e integrales, saliendo del conflicto, pero con convivencia y tejido social, luego, ¿Qué creemos que merecen los excavadores en el caso sub judice?, no se trata de exonerar a los cinco excavadores que sobrevivieron en la caverna, sino a que sean conscientes del daño y asuman la responsabilidad frente a las víctimas (familiares de los ofendidos y comunidad original), asuman las consecuencias de sus actos y respondan a las víctimas, desde un filosofar moral consecuencia lista y una ética altérica frente al otro como sujeto con dignidad.

Finalmente, un mecanismo que se podría materializar para restaurar el tejido social y contribuir con el propósito de justicia, podría adoptarse estrategias de brindar oportunidades de aprendizaje a las personas que participaron directa e indirectamente en el conflicto a través del empleo, como veremos a continuación.

EMPLEO COMO FORMA DE REPARAR EL TEJIDO SOCIAL

Como se planteó en párrafos precedentes, una fase de la estrategia restaurativa comprende la reintegración social como herramienta dual de reparación y prevención del delito, la que habitualmente se materializa en programas enfocados hacia diversas formas de

intervención educativa, psicológica y vocacional, encaminadas a evitar la reincidencia (López, 2017).

Por regla general, el criterio de reparación, como elemento característico de la justicia restaurativa, suele ser de naturaleza económica (Osorio, 2020), enfocado en las personas directamente afectadas por la conducta delictiva, no obstante, desde una concepción del derecho irradiada por los derechos humanos, una conducta delictiva afronta a la sociedad en general, de manera que, la restauración del tejido social constituye igualmente un deber de reparación.

Bajo la anterior perspectiva, el empleo en particular y el trabajo en general, constituyen un mecanismo de reparación social, en tanto medio de dignificación de la persona, quien a través de una actividad productiva contribuye a la sociedad, al tiempo que logra mejores condiciones de vida, lo que a la postre disminuye la posibilidad de reincidencia en la conducta delictiva. (Cortés, 2020)

El proceso restaurativo a través del trabajo involucra al Estado como garante de condiciones propicias para su consecución. En Colombia se han adelantado diversos procesos de reintegración social con alcance restaurativo, particularmente, dentro del proceso de paz acordado con las FARC E.P., siendo el trabajo un aspecto fundamental del mismo.

El tipo de trabajo desarrollado en estos acuerdos es principalmente comunitario y ha demostrado importantes logros en cuanto a reparación del tejido social, en razón a que contribuye a la construcción de canales de diálogo y participación activa de los excombatientes, beneficiando a la comunidad en general. (Mouly, 2019)

Pero, la responsabilidad en la reconstrucción social no solo corresponde al Estado y a la persona en proceso de resocialización, sino también, a la comunidad en general. En el aspecto estrictamente del trabajo y el empleo, la responsabilidad social empresarial juega un papel importante, en razón a su función como potencial generador de empleo, abierto a personas en proceso de reinserción, derivado no de una obligación, pero sí, como un deber en la construcción de una mejor sociedad (Cortés, 2020)

La justicia restaurativa a través del trabajo enfrenta diversos obstáculos, que podrían denominarse desde la vista de la persona en el proceso de resocialización como endógenos y exógenos, entendiendo por los primeros aquellos propios de la condición misma de la

persona, y de otro lado, las condiciones externas a ella, que de algún modo recortan las posibilidades de participación activa en la sociedad.

En el ámbito endógeno se suelen ubicar aspectos tales como: baja alfabetización, dificultades psicológicas causadas por el entorno previo a la conducta delictiva, escepticismo y desconfianza a las instituciones, y desde el exógeno, principalmente conductas discriminatorias y prejuicios sociales que levantan barreras excluyentes (Cortés, 2020).

Si bien, el ordenamiento jurídico nacional no prevé expresamente lo que se entiende por conductas discriminatorias en el empleo, el Convenio 111 de la OIT ratificado por el Estado colombiano desde el 4 de marzo de 1969, enumera como tales:

- (a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
- (b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

Por lo anterior, la concepción del derecho influirá en los medios, modos y alcances de la justicia restaurativa, en cuanto brinde herramientas que permitan enfrentar los diferentes obstáculos a los que habitualmente da cara la persona en proceso de reinserción social, ya sea de manera positiva, incentivando la empleabilidad de los sujetos en proceso de reinserción social, o en un sentido negativo, preventivo de conductas discriminatorias con perspectivas particulares al proceso de resocialización.

DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

En la concepción del derecho se puede evidenciar que su aplicabilidad depende del contexto social como de la época, normas vigentes y las tendencias filosóficas del mismo; debido a que, si estuviéramos en la actualidad, probablemente no hubieran condenado a los exploradores, debido a que existen exclusiones de la pena o en su defecto una pena en donde se conservara la vida de estas personas y el esfuerzo de las instituciones y de las personas que perdieron la vida.

Por lo anterior, actualmente predomina el ser humano y sus derechos por encima de la ley y la institucionalidad; en el caso de los exploradores fue una situación de emergencia o estado de necesidad que probablemente el resultado hubiera sido otro distinto como la pérdida de la vida de los exploradores al no tener comida, agua y los medios necesarios para sobrevivir durante 11 días que estuvieron bajo suelo. No obstante, esto nos permite reflexionar que el derecho debe ser flexible a casos en los cuales no existe otro resultado que sobrevivir en pro de garantizar y proteger el mayor número de vida que se encuentran en peligro.

La flexibilidad del derecho requiere ser trabajado desde una tridimensión constitutiva de su propia naturaleza, donde no exista reduccionismos epistemológicos desde las vertientes axiológicas, normativistas y realistas, sino que el derecho mismo restaure su propia perspectiva y logre superar la fragmentación con la conjunción y comunicabilidad entre lo que está separado por el encerramiento de las corrientes iusnaturalistas, positivas y realistas, esto lleva a que la resolución casuística, y especialmente en casos difíciles, pueda darse integralmente la justicia restaurativa, sin evocar a especializaciones paradigmáticas propias del iusnaturalismo, sino que la tridimensión constitutiva del Derecho, exige una mirada más amplia, donde la parcelación absurda de un paradigma no afecte a la naturaleza misma de lo que significa e implica la justicia y la restauración. En resumidas palabras, es necesario que el Derecho no se disloque en su naturaleza misma, ya que, afectaría su propia teleología que es la justicia y sus consecuencias en la acción y el efecto de restaurar.

El empleo y el trabajo constituyen medios de dignificación de toda persona, en la medida que permite el desarrollo de una sociedad a través de la superación de la pobreza, lo que a su vez impulsa la prosperidad, la inclusión y en especial, el fortalecimiento de la cohesión social, como resultado previsible de la disminución de la desigualdad. (OIT, 2019)



Bajo esta perspectiva, la posibilidad de ocupación de las personas que cometieron conductas delictivas, se postula como un pilar de prevención en la reincidencia de la conducta. A su vez, las oportunidades de empleo y trabajo materializan acciones de justicia restaurativa en un sentido social, en tanto que se retribuye y aporta al crecimiento de la sociedad a través de conductas positivas de participación y diálogo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bernal, C. (2016). *Metodología de la Investigación*. Bogotá, Colombia: Pearson.
- Bernuz Beneitez, M. J., & García Inda, A. (2015). *Sobre los límites y las posibilidades de la justicia restaurativa en contextos transicionales* (1 ed., Vol. I). Bogotá D.C., Colombia: Siglo del Hombre. DOI :ISBN: 978-958-665-331-2.
- Bonorino, P. R., & Peña Ayazo, J. I. (2006). *Filosofía del Derecho* (Vol. 1). Bogotá, Bogotá DC., Colombia: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa. Recuperado el 18 de Agosto de 2022, de <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m7-14.pdf>
- Caballero-López, J. E. (2009). El calzado laboral en el medio sanitario. *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 55(216), 71-76. Recuperado de: <https://scielo.isciii.es/pdf/mesetra/v55n216/revision.pdf>
- Carnelutti, F., Melendo, S. S., & Redín, M. A. (1998). *Cómo nace el derecho*. Librería Temis Editorial.
- Fuller, L. L. (2002). *El caso de los exploradores de cavernas*. Buenos aires, Argentina: Lexis Nexis - Abeledo - Perrot.
- García Amado, J. A. (2015). *Justicia transicional. Enigmas y aporías de un concepto difuso*. León, España: Universidad de León - Universidad EAFIT. Recuperado de: <https://www.garciamado.es/2015/10/justicia-transicional-enigmas-y-aporias-de-un-concepto-difuso-por-juan-antonio-garcia-amado/>.
- García, C. M. (14 de agosto de 2022). *El sentido del Derecho*. Obtenido de https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/8/8_20.pdf: https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/8/8_20.pdf
- John, A. (2016). *Normas Basicas de Higiene del Entorno en la atención sanitaria*. India: Organizacion Mundial de la Salud. Obtenido de <http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246209/9789243547237-spa.pdf;jsessionid=98A5D7C69806F077F4D7F5B862DCA0BB?sequence=1>.

Kelsen, H. (1970). *Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho*. En *Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho* (pp. 245-245).

Morin, E. (1998). *Introducción al pensamiento complejo*. Barcelona: Gedisa.

Organización Internacional del Trabajo, 1958. *Convenio 111, Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)*. Ginebra.

Rodríguez Meléndez, E. H. (2009). *Paradigmas interpretativos en el Derecho* (1 ed., Vol. 1). Bucaramanga, Colombia: Universidad Industrial de Santander.