

LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO Y MEXICANO

Cubillos Álvarez, Fabian Enrique; Gorjón Gómez, Gabriel de Jesús

LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO Y MEXICANO

Eirene Estudios de Paz y Conflictos, vol. 3, núm. 4, 2020

Asociación Eirene, Estudios de Paz y Conflictos A. C, México

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=675971331007>



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO Y MEXICANO

RESTORATIVE JUSTICE IN THE COLOMBIAN AND
MEXICAN CRIMINAL PROCESS

Fabian Enrique Cubillos Álvarez a
f.cubillos@unisimonbolivar.edu.co.

Universidad Simón Bolívar, Colombia

 <https://orcid.org/0000-0002-9763-5592>

Gabriel de Jesús Gorjón Gómez b gabriel.gorjong@uanl.mx

Universidad Autónoma de Nuevo León, México

 <https://orcid.org/0000-0001-5033-9377>

Eirene Estudios de Paz y Conflictos, vol.
3, núm. 4, 2020

Asociación Eirene, Estudios de Paz y
Conflictos A. C, México

Recepción: 23 Mayo 2020
Aprobación: 17 Junio 2020

Redalyc: [https://www.redalyc.org/
articulo.oa?id=675971331007](https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=675971331007)

Resumen: La presente investigación se centró básicamente, en conocer la incidencia que tienen los mecanismos alternativos de solución de conflictos dentro del proceso penal colombiano y mexicano, y como a través de ello se puede lograr un verdadero proceso de justicia restaurativa entre víctimas (Ofendidos) y victimarios (Ofensores). Teniendo en cuenta que la investigación fue de tipo aplicada, se tuvo inicialmente la revisión bibliográfica, legal y jurisprudencial; acto seguido se procedió a la selección de información que fue de gran utilidad para el desarrollo de cada uno de los objetivos propuestos; se procedió al análisis de la misma, y de esta manera se construyó el documento con sus respectivos resultados. Analizada la información seleccionada se encontró que al interior de los procesos penales existen mecanismos que garantizan los procesos restaurativos como lo es la Conciliación, la Mediación y la Junta Restaurativa; y como consecuencia de ello se concluye que la conciliación es un mecanismo de justicia restaurativa, el cual tiene por objeto principal que las partes lleguen a un acuerdo restaurativo, donde se resarzan los perjuicios causados, y por otra parte en cuanto a la mediación penal, se pudo establecer que la misma tiene una mayor incidencia en los escenarios de post condena, como parte de la política criminal del Estado

Palabras clave: Justicia Restaurativa, Mediación, Conciliación, Víctima y Victimario.

Abstract: The present investigation basically focused on knowing the incidence that alternative conflict resolution mechanisms have within the Colombian and Mexican criminal proceedings, and how through this a true process of restorative justice can be achieved between victims (offended) and victimizers. (Offenders). Taking into account that the research was applied, the bibliographic, legal and jurisprudential review was initially carried out; Immediately afterwards, the information that was useful for the development of each of the proposed objectives was selected; the analysis of the same proceeded, and in this way the document was built with its respective results. Analyzing the selected information, it was found that within the criminal process there are mechanisms that guarantee restorative processes such as conciliation and mediation and the Restorative Board; and as a consequence, it is concluded that conciliation is a restorative justice mechanism, whose main objective is that the parties reach a restorative agreement, where the damages caused are compensated, and on the other hand, in terms of criminal mediation, it was established that it has a higher incidence in post-conviction scenarios, as part of the State's criminal policy

Keywords: Restorative Justice, Mediation, Conciliation, Victim and Victim.

1. INTRODUCCIÓN

La expedición del Acto Legislativo 03/02, por medio del cual se modificaron los artículos 250 y 251 de la Constitución Política de Colombia, sirvió como fundamento constitucional para la implementación de un nuevo modelo de enjuiciamiento criminal, el cual se desarrolló con la expedición de la ley 906 del 2004. Este tuvo como principio fundamental que en Colombia el derecho penal se caracteriza por ser fragmentario; es decir que solo se debe acudir a la imposición de sanciones penales (penas o medidas de seguridad) cuando el conflicto no se pueda solucionar por otros medios y siendo consecuente con ello, en la mencionada legislación se incorporó un acápite relacionado con la justicia restaurativa, estableciendo como mecanismos de procesos restaurativos la conciliación y la mediación. De otro parte tenemos que, en el ordenamiento jurídico mexicano, existe la Ley Nacional de Mecanismos de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal expedida el 29 de diciembre del año 2014. La presente investigación se centra en establecer cuál es el rol que cumplen los mediadores, conciliadores y facilitadores, y de esta manera dar a conocer la incidencia que tienen los MASC dentro del proceso penal colombiano y mexicano, pero sobre todo como a través de ello se puede lograr un verdadero proceso de justicia restaurativa entre víctimas (Ofendidos) y victimarios (Ofensores). Una vez recopilada, seleccionada y analizada la información de carácter documental, finalmente daremos a conocer las conclusiones sobre el tema objeto de investigación.

2. DESARROLLO DEL TRABAJO

En las últimas décadas se han implementado prácticas y programas restaurativos que tienen como característica identificar, tomar medidas para la reparación del daño, permitir a las partes reintegrarse a la comunidad, buscar la sanación de las víctimas y que también se restaure la paz en las comunidades (Gorjon Gomez, 2017). Es por ello que un actor importante en la justicia restaurativa resulta ser la comunidad en general, ya que ello permite que la sociedad, conviva en paz impidiendo que generes represarías donde se terminen inmiscuyendo personas que nada tienen que ver con los conflictos suscitados, por ejemplo en aquellos casos en donde como represaría o situaciones vengativas, se termine afectando familiares de las víctimas, quienes son ajenos a las controversia. Es por ello que los miembros de la comunidad tienen roles importantes que desempeñar y también es posible que tengan responsabilidades que asumir ante las víctimas, los ofensores incluso ante sí mismos (Zher, 2007).

La justicia restaurativa involucra tener una mirada alternativa, otra forma de percepción y una forma judicial distinta a la tradición retributiva de la pena que no ha solucionado ni ha ayudado a resolver conflictos sociales o humanos fundamentales, y realizarlo con el más auténtico objetivo de fundar la convivencia en la reconciliación en términos de justicia y equidad, en medio de un océano de dudas y desconfianzas

publicas sustentadas en el medio al otro, a la obstinación frente a reconocer los errores y las faltas, al valor exclusivamente simbólico del perdón, y a la idea común de que solamente con la prisión se nivelan las cargas derivadas del daño que implica el delito (Florez, 2019).

Dentro de los modelos de enjuiciamiento penal en la actualidad, es muy importante tener en cuenta que existen otras formas de administrar los conflictos suscitados por infracciones al ordenamiento jurídico como por ejemplo a través de ¿Los mecanismos alternativos de solución de conflictos que son una vía alterna a la justicia procesal, eminentemente voluntaria, de impartir justicia de corte restaurativo, lo que genera un cambio en la concepción del derecho de acceso a la justicia? (Becerra, 2009).

La justicia restaurativa tiene una serie de beneficios que garantiza la paz y la tranquilidad en la sociedad; ahora si bien es cierto en muchos de los casos, ya se ha causado un perjuicio como consecuencia de conductas contrarias al ordenamiento jurídico, ello no quiere decir que los procesos de justicia restaurativa no sean eficientes, ya que precisamente lo que se busca a través de ellos es evitar los conflictos a futuros. Dentro de los beneficios más comunes de la justicia restaurativa tenemos los siguientes:

- a) Ofrece a los perjudicados la oportunidad de exponerle a su ofensor cuales fueron las consecuencias psicológicas y patrimoniales de la vulneración de sus bienes jurídicos.
- b) Ofrece a los perjudicados directos e indirectos con la comisión de conductas punibles, tener una oportunidad dentro de la cual se les dé a conocer la razón por parte del victimario del por qué se tomó la decisión de lesionar el bien o los bienes jurídicos del ofendido. De igual modo ¿la oportunidad para confrontar al autor con el verdadero impacto humano de la ofensa y a la vez para que la víctima exprese sus pensamientos y sentimientos al victimario? (Gonzalez, 2009).
- c) En el ordenamiento jurídico colombiano, ofrece a los mediadores y conciliadores la oportunidad de conocer de manera detallada los puntos de vista por parte de víctimas y victimarios; para de esta manera poder proponer forma de solución a los conflictos suscitados como consecuencia de la vulneración de bienes jurídicos. De otra parte, es preciso aclarar que en el ordenamiento jurídico mexicano el mediador no puede ofrecer soluciones a las partes enfrentadas en conflicto; sin embargo, en la conciliación el facilitador si podrá proponer soluciones que den terminación anticipada a la controversia suscitada.
- d) Ofrece al victimario una oportunidad de arrepentimiento de las consecuencias jurídicas de su actuar, conllevando un total arrepentimiento, dentro del cual seguramente a futuro sea una persona de bien, frente a la cual no vuelva a vulnerar los bienes jurídicos de las demás personas.

En el ordenamiento jurídico procesal colombiano, se habla por primera vez de la justicia restaurativa, con la implementación del sistema penal

acusatorio, el cual fue desarrollado por la ley 906/04; dentro del cual se definió como:

¿Art 518: 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.¿

De otra parte, el ordenamiento jurídico mexicano, a través de La Ley Nacional De Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, estableció como métodos alternos la mediación, la conciliación y la junta restaurativa. En dicha legislación los mencionados mecanismos fueron definidos legalmente de la siguiente manera.

Art 21 Mediación: Es el mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el fin de alcanzar la solución de ésta. El Facilitador durante la mediación propicia la comunicación y el entendimiento mutuo entre los Intervinientes.

Artículo 25 Conciliación: Es el mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, proponen opciones de solución a la controversia en que se encuentran involucrados.

Además de propiciar la comunicación entre los Intervinientes, el Facilitador podrá, sobre la base de criterios objetivos, presentar alternativas de solución diversas.

Artículo 27. La junta restaurativa es el mecanismo mediante el cual la víctima u ofendido, el imputado y, en su caso, la comunidad afectada, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el objeto de lograr un Acuerdo que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como la reintegración de la víctima u ofendido y del imputado a la comunidad y la recomposición del tejido social

En el código de procedimiento penal colombiano se estableció una definición legal de justicia restaurativa, dentro de la cual se dejó abierta la gran posibilidad de un amplio campo de acción de los procesos restaurativos, ya que con ello no se quiso limitar la etapa dentro del cual se pudieran perfeccionar los acuerdos reparatorios entre víctimas y victimarios; por ejemplo en el proceso penal los procesos restaurativos pueden llevarse a cabo durante la a etapa de indagación, investigación, juicio e incluso después de que exista una sentencia de carácter condenatorio; Sin embargo, en el ordenamiento jurídico mexicano encontramos que la junta restaurativa, junto con la mediación y conciliación son mecanismos alternativos de solución de conflictos, dentro del cual su oportunidad se debe agotar desde el momento que se tiene conocimiento de la denuncia o querrela y hasta antes del inicio del juicio.

Dentro de los procesos de justicia restaurativos un protagonista indiscutible en ambas legislaciones (colombiana ¿ mexicana), suele ser la víctima, quien de acuerdo al ordenamiento jurídico procesal penal se considera como aquella persona natural o jurídica, que de manera

directa o indirecta sufre las consecuencias jurídicas de la conducta punible. Doctrinalmente también encontramos la siguiente definición de víctima al considerarla como aquella que "está íntimamente vinculada con el concepto de consecuencias del delito, que se refiere a los hechos o acontecimientos que resultan de la conducta antisocial, sobre todo el daño, la extensión de éste y el peligro causado individual y socialmente" (Marchiori, 1990). De otra parte, la víctima en la legislación penal mexicana ha sido considerada aquella persona que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva. (Codigo Nacional de Procedimientos Penales, 2020). Resulta de gran importancia resaltar que la víctima o perjudicado es un interviniente en el proceso penal mexicano que goza de veintinueve (XXIX) garantías, dentro de las más representativas encontramos: (i) información; (ii) acompañamiento jurídico; (iii) protección; (iv) reparación y (v) recurrir las decisiones que le afecte en sus intereses.

De igual modo la víctima por disposición legal (Código de Procedimiento Penal, 2004) goza de infinidad de derechos en el ordenamiento jurídico colombiano, siendo ellos muchos más reducidos que los establecidos en la legislación mexicana y entre ellos tenemos: a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno; b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor; c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código; d) A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas; e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas; f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto; g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; h) A acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar; i) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio; j) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley; k) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos. Si bien es cierto en apartes anteriores hacíamos mención a que en el ordenamiento mexicano existen veintinueve garantías procesales de las cuales goza la víctima, y que en el proceso penal colombiano son muchas más reducidas, podríamos asegurar que sentido amplio que ambas legislaciones, dicho interviniente se encuentra ampliamente salvaguardado en garantías fundamentales.

Por otra parte, también se tiene al victimario como protagonista indiscutible de los procesos restaurativos, al cual se le denomina de diferentes maneras dependiendo de la etapa en que se encuentre el

proceso, llamándosele en ambas legislaciones (colombiana y mexicana) indiciado, imputado, investigado, acusado y sentenciado.

En ese sentido el victimario junto con el profesional del derecho (abogado) forman en conjunto lo que se conoce a nivel de los tratados internacionales como el derecho a la defensa desarrollado en el pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, y la declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, frente al cual se le atribuyen las siguientes garantías: a) No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad; b) No se utilice en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse; c) Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado; d) Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. De manera excepcional podrá solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las que deba comparecer; e) Solicitar, conocer y controvertir las pruebas; f) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas. De otro lado también debemos sostener que en la legislación penal mexicana (Codigo Nacional de Procedimientos Penales, 2020) el imputado, también goza de las mismas garantías consagradas en ordenamiento penal colombiano; sin embargo, debemos reconocer que son mayores los derechos consagrados en la normatividad procedimental penal mexicana, siendo representadas en sus diecinueve (XIX) numerales y entre ellos las más representativas son: (i) A que se presuma su inocencia; (ii) A la defensa técnica ejercida por un profesional del derecho; (iii) A presentar pruebas y (iv) A recurrir las decisiones que se profieran en su contra.

Siguiendo con los intervinientes dentro de los procesos de justicia restaurativa (en Colombia), tenemos que el conciliador juega un papel preponderante dentro de la conciliación, ya que es una persona que en todo momento plantea soluciones a las partes enfrentadas en conflicto, siempre y cuando dichas alternativas sean imparciales, es decir que no tiendan a quebrantar las garantías fundamentales del ofendido y ofensor; en tal sentido el máximo tribunal constitucional lo define de la siguiente manera: La función del conciliador es la de administrar justicia de manera transitoria, mediante habilitación de las partes, en los términos que determine la Ley (Corte Constitucional, 2008); No obstante existe también la habilitación que procede cuando las partes deciden solicitar el nombramiento de un conciliador, de la lista ofrecida por un determinado centro de conciliación privado. De otro lado, en el ordenamiento penal mexicano el conciliador cumple un rol preponderante dentro de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, al ser aquella persona que propicia y facilita la comunicación entre los intervinientes basándose en criterios objetivos presentando alternativas de solución al conflicto jurídico penal.

De igual modo, dentro de los procesos de justicia restaurativa en el ordenamiento jurídico penal colombiano tenemos como mecanismo la mediación, dentro de la cual se señala jurisprudencialmente como ?un mecanismo que genera un espacio institucional para que la víctima y el ofensor intercambien opiniones y confronten sus puntos de vista, para que a través de un mediador, es decir aquel tercero imparcial que puede ser el fiscal titular de la investigación quien dirige el proceso de mediación, que conforme a la ley debe ser neutral, logren solucionar el conflicto suscitado con ocasión de la conducta punible.? (Constitucional, 2005). Dentro del ámbito internacional la mediación también juega un papel importante y es por ello que Ahora, el Consejo de Europa, en la Recomendación No. R (99)19 (Mediación en asuntos penales), definió la mediación como ?un proceso mediante el cual la víctima y el ofensor pueden, voluntariamente, participar activamente en la resolución de problemas que surgen del delito a través de la ayuda de un tercero imparcial o mediador. (Europa, 2019) En ese sentido el mediador se constituye como un actor importante dentro del proceso restaurativo el cual ha sido considerado por la corte como: ?el mediador tiene un papel menos activo y limita su actuación a reducir los obstáculos de comunicación, para permitir que todas las partes expongan su versión de la disputa y expresen sus sentimientos, posiciones e intereses con el fin de que se puedan identificar rápidamente las áreas de acuerdo y desacuerdo entre las partes? (Corte Constitucional, 2001).

3. REGLAS DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Dentro del ordenamiento jurídico procesal penal colombiano y mexicano, se han establecido una serie de reglas, las cuales deben ser respetados en aras de que los procesos de justicia restaurativos sean eficientes, de tal manera que no se vean vulneradas las garantías fundamentales de las víctimas, ofendidos, victimarios, ofensores; es decir de manera general todos aquellos intervinientes de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Regla No 1. Debe existir consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado (Gaviria Londoño, 2011), acusado o sentenciado de someter el conflicto a un mecanismo alternativo de solución de conflicto, ya que el cualquier vicio mediante la coacción, el constreñimiento o el engaño anularían el acuerdo restaurativo. De igual modo tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado antes del perfeccionamiento del acuerdo restaurativo deciden renunciar a la intención de someterse a un acuerdo restaurativo, podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.

Regla No 2. Debemos partir de la base que en los acuerdos restaurativos (conciliación o mediación) dentro del ordenamiento jurídico colombiano, ambas partes ganan, pero también ambas partes pierden, y ellos nos llevan a comprender que tanto ofensores, pero en especial los ofendidos tienen que ser ceder en sus pretensiones, sobre

todo en aquellas de carácter económico, en aras de poder finalizar con el conflicto y evitar que este se vaya a instancia judiciales extremas, como es el caso de una sentencia condenatoria que traería como consecuencia una privación de la libertad o en el peor de los casos una sentencia absolutoria que conllevaría un gran desgaste a la administración de justicia. Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico penal colombiano se establece la posibilidad de que frente a las conductas que atentan contra el bien jurídico de la vida y la integridad personal bajo la modalidad culposa o como consecuencia de la infracción al deber objetivo de cuidado en homicidio o lesiones personales se resalta: ¿a pesar de haber habido embriaguez de por medio, si ella no ha sido suficientemente grave a efectos de haber determinado el hecho, no se debe impedir la conciliación ni la indemnización integral para que haya terminación anticipada del proceso? (Agudelo Betancur, 1999).

En ese sentido los acuerdos restaurativos tampoco pueden conllevar a que se impongan cargas irrazonables y desproporcionales que hagan nugatorio la terminación del conflicto, sino que las mismas deberán ser impuestas de acuerdo a criterios de razonabilidad y proporcional de conformidad con el daño ocasionado como resultado del delito. En ese orden de ideas el imputado, acusado o sentenciado deberá indemnizar los perjuicios causados como consecuencia de la lesión a los bienes jurídicos de la víctima, los cuales se clasifican en perjuicio materiales entendidos como aquellos que afectan el patrimonio económico de las personas? (Martínez Rave, 1988) y estos a su vez se clasifican en lucro cesante y daño emergente); por otra parte tenemos los perjuicios morales considerados como aquellos que afectan a la persona, en cualquiera de sus esferas que no seas patrimonial: todo tipo de quebrantos, de carácter no patrimonial que la víctima sufre como consecuencia del hecho punible? (Roca, 1998)

Regla No 3. Es importante que se tenga en cuenta, que cuando acusado, imputado o sentenciado, decida de manera libre consciente y voluntaria someterse a procesos de justicia restaurativa, ello no deberá entenderse como insignia que lleve por el resto de su vida, dentro del cual se le señale como infractor del ordenamiento jurídico y vulnerador de los bienes jurídicos de las personas; ya que el único interés que tiene el victimario cuando se somete al mecanismo alternativo de solución de conflictos, es resarcir los perjuicios causados como consecuencia de su actuar descuidado o malintencionado.

Regla No 4. En los procesos de justicia restaurativa por algún tipo de circunstancias excepcionales que no le sean atribuibles al imputado o acusado, puede suceder que no se llegue a dar cumplimiento a lo acordado; sin embargo ello no deberá utilizarse como fundamento para una condena, ya que se le estaría vulnerando una garantía de carácter supraconstitucional como lo es la presunción de inocencia, que no es otra cosa que toda persona investigada se presume inocente hasta tanto no se demuestre lo contrario; o que tal incumplimiento conlleve por parte del juzgador a la agravación de la pena, ya que ello también conllevaría a la vulneración de los principios de las sanciones penales, los cuales radican en que la sanción penal deberá ser necesaria, proporcional y razonable. De

otro lado en el ordenamiento jurídico mexicano en el evento de que el victimario u ofensor incumpla alguna de las obligaciones contraídas como consecuencia del sometimiento al trámite de la mediación o conciliación, ello conllevaría entonces a que no se pueda volver a usar el mecanismo alternativo de solución de conflictos en caso de incumplimiento, pues daría lugar a que se usaran de manera desleal dicha figura.

Regla No 5. En el ordenamiento jurídico colombiano los conciliadores y mediadores cumplen un rol muy importante dentro de los procesos restaurativos, de tal manera que su propósito principal es lograr persuadir las partes para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al conflicto sin que se vean vulneradas sus garantías fundamentales; de igual modo deben desempeñar sus funciones de estar orientadas con toda objetividad sin que se pueda inclinar en beneficio de una de las partes y perjudicando a la otra, ya que ello constituiría un comportamiento alejado de la imparcialidad, y finalmente deberá velar porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto. De otra parte en el ordenamiento jurídico mexicano, el facilitador dentro del procedimiento de la mediación se presenta algo muy particular, por cuanto este deberá construir opciones de solución a la controversia propiciando la comunicación y el entendimiento mutuo entre los Intervinientes.

Regla No 6. Por lo general la víctima, el imputado, acusado o sentenciado, son personas que no tienen conocimientos jurídicos, y ello conlleva desconozca los procedimientos, ventajas y consecuencias de los acuerdos restaurativos. Por ejemplo, en el actual código de procedimiento penal colombiano, en ninguna de sus normas se dijo que, si el victimario indemnizaba de manera integral a las víctimas, ello constituiría causal de extinción de la acción penal; sin embargo, la Ley 600 del 2000 si lo establecido en su art 42; sin embargo, una persona que no tenga conocimientos jurídicos en materia penal desconocería la aplicación del principio de favorabilidad. Frente a lo anterior es perfectamente admisible la aplicación de dicha garantía supraconstitucional de manera ultractiva, ¿para que se proceda entonces a la terminación del conflicto penal e incluso así se encuentre en sede de casación? (Sala de Casación Penal, 2011).

En ese sentido las partes en conflicto (ofensor y ofendido) tendrán derecho a consultar a un profesional del derecho que los represente durante la actuación; sin embargo dicha representación jurídica no puede convertirse en un obstáculo para la terminación del conflicto, es por ello que en algunos de los casos el conciliador se opone a la intervención de los apoderados por considerar que son personas que truncan los acuerdos reparatorios, situación que deberá mirarse con mucho detenimiento, ya que el derecho a la representación jurídica es una garantía inviolable. De otro lado es importante precisar que en últimas, en las legislaciones colombiana y mexicana, es el directamente afectado (víctima) quien toma la decisión definitiva de someter su conflicto jurídico penal a un mecanismo alternativo de solución de conflicto

4. MÉTODO

El presente artículo de investigación está orientado hacia un estudio de tipo jurídico descriptivo, el cual consistió como primera medida, en analizar la estructura jurídica de la justicia restaurativa en el ordenamiento jurídico penal colombiano y mexicano a través del método analítico a un tema legal (Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en Materia Penal, Código Nacional de Procedimientos Penales).

Dentro del desarrollo del artículo de investigación y teniendo en cuenta que es de tipo aplicada, se tuvo inicialmente la revisión bibliográfica, legal y jurisprudencial; acto seguido se procedió a la selección de información que fue de gran utilidad para el desarrollo de cada uno de los objetivos propuestos.

Por otra parte, con el presente artículo de investigación, una vez analizada la información recolectada pertinente a la investigación, lo que se pretendió fue dar un aporte en conocimiento a la comunidad académica del derecho, frente a cuál es el rol que cumplen los mediadores, conciliadores y facilitadores, y de esta manera dar a conocer la incidencia que tienen los MASC dentro del proceso penal colombiano y mexicano, pero sobre todo como a través de ello se puede lograr un verdadero proceso de justicia restaurativa entre víctimas (Ofendidos) y victimarios (Ofensores).

5. RESULTADOS

Dentro del presente artículo tal y como se mencionó anteriormente, los resultados obtenidos de la investigación serán de carácter descriptivos, dentro del cual se pretender dar a conocer a la comunidad académica del derecho, como se encuentra compuesta la justicia restaurativa dentro del ordenamiento jurídico procesal colombiano y mexicano.

Debemos partir de la base que la justicia restaurativa, es un novedoso modelo de justicia que se opone al modelo retributivo, y ello por cuanto los diferentes mecanismos alternativos en la solución del conflicto, tiene como objeto principal buscar que el daño causado como consecuencia de la comisión de conductas punibles logre resarcirse no solo imponiendo cargas económicas a quien causo el daño, sino que el ofensor también dé a conocer las razones que lo llevaron a lesionar los bienes jurídicos de la víctima, para que finalmente en un acto de arrepentimiento ofrezca una disculpas sinceras que demuestre su arrepentimiento y no repetición, también el compromiso de trabajos comunitarios y el sometimiento voluntario a un tratamiento por parte de los profesionales de la psicología.

Ahora por otra parte la justicia retributiva aplicada en la mayoría de países del mundo, tiene como objetivo principal el castigo hacia el infractor de la ley penal, partiendo de la base de que dicha sanción penal deberá ser necesaria, proporcional y razonable; sin embargo hay que reconocer que la justicia retributiva aunque en muchos de los casos resulta necesaria, ella no ofrece garantías a los derechos de las víctimas como por

ejemplo a conocer la verdad de lo sucedido o a que se le indemnicen los daños causados como consecuencia de la conducta punible.

En el análisis documental, doctrinal, legal y jurisprudencial que se realizó encontramos que al interior del proceso penal existe dos verdaderos mecanismos que garantizan los procesos restaurativos como lo es la conciliación y la mediación.

La conciliación como mecanismo de justicia restaurativa en tratándose del ordenamiento jurídico colombiano, es procedente frente a delitos querellables, es decir aquellos dentro de los cuales solo podrá iniciarse la investigación penal si la víctima tiene interés en ello, ya que frente a este tipo de conductas no se podrá iniciar la investigación penal de oficio por parte de la fiscalía general de la nación. Tales delitos querellables los encontramos en el art 74 del código de procedimiento penal colombiano. De otro lado en cuanto a la conciliación en materia penal en el ordenamiento jurídico mexicano; tenemos que la misma, no se encuentra limitada a una serie de delitos en particular, sino aquellos dentro los cuales la legislación admita la conciliación, tal y como lo establece la ley nacional de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal.

Por otra parte tenemos la mediación (en Colombia) como mecanismo de justicia restaurativa la cual no tiene límite frente a la procedencia de los delitos, si debemos partir de la base que la misma es poco utilizada en el ordenamiento jurídico procesal colombiano, y ello se debe a que la figura no se encuentra debidamente reglamentada por el ente investigador, la cual por disposición legal se le asigne la responsabilidad de regularla; sin embargo una vez analizado los presupuestos legales, encontramos que la misma puede tener importancia no en el transcurso del proceso penal (indagación, investigación y juicio) sino una vez finalizado el mismo, es decir después de que se ha dictado una sentencia condenatoria o cuando la decisión ha quedado debidamente ejecutoriada es decir en firme. De otro lado frente a la mediación en el ordenamiento jurídico mexicano, diríamos que un aspecto a resaltar en el mencionado mecanismo alternativo de solución de conflicto, radica básicamente en el hecho que el facilitador propicia la comunicación y el entendimiento mutuo entre los intervinientes, de tal manera que se pueda materializar el fin del conflicto.

Si bien es cierto dentro de los procesos de justicia restaurativa intervienen como protagonistas el conciliador (conciliación), el mediador (mediación), la víctima y el victimario, no podemos desconocer que el gran protagonista lo es la víctima, ya que esta será la gran beneficiaria, teniendo en cuenta que como consecuencia del proceso restaurativo se le indemnizarán los perjuicios causados o se le ofrecerán unas disculpas que irán acompañadas de la garantía de no repetición por parte del victimario. Dentro del ordenamiento jurídico penal colombiano es importante resaltar que el pedimento de unas disculpas públicas o privadas a las víctimas, constituye un verdadero proceso de justicia restaurativa adicionado la obtención del perdón por parte de las víctimas.

Ahora por otra parte aunque el protagonista principal no lo sea el victimario, si debemos reconocer que juega un papel muy importante, ya que debe existir toda la voluntad y autonomía de su parte frente al sometimiento del proceso restaurativo, que si bien es cierto no le traerá un beneficio económico, si podrían traerle cosas muchas importantes como por ejemplo una rebaja de pena o la paz y tranquilidad de haber recibido el perdón por parte de las victimas directa o indirectas a las cuales se le afectaron o lesionaron sus bienes jurídicamente tutelados por el derecho penal; sin embargo en el ordenamiento jurídico mexicano el sometimiento de las partes en controversia a un mecanismo alternativo de solución de conflictos no genera una rebaja de pena, sino la terminación anticipada del proceso penal, sin que se obtenga una pena de carácter sancionadora.

Finalmente y en aras de que los procesos de justicia restaurativa sean eficientes se deben garantizar una serie de reglas a cargo de los directores (conciliador y mediador) de los mecanismos alternativos de solución de conflicto, que para el objeto de estudio fueron la conciliación y la mediación, tales reglas son consideradas como: a) el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo; con la salvedad que en cualquier oportunidad del procesos restaurativo tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento. b). Los pactos restaurativos que se alcancen entre las partes, deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado como consecuencia de la lesión a los bienes jurídicamente tutelados. c) La intervención del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como elemento material probatorio de admisión de responsabilidad en fases procesales posteriores o en hechos distintos. d) El incumplimiento de un acuerdo, no deberá utilizarse como fundamento para una decisión de carácter condenatorio o para la agravación de la sanción penal impuesta por el juez de la república. e). Los conciliadores y mediadores deben desempeñar sus funciones de manera objetiva e imparcial, velando porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen en el marco del respeto. 6. La víctima y el imputado, acusado o sentenciado tendrán derecho a asesorarse de un profesional del derecho, para que los asesore en cuanto a la conveniencia de someterse a procesos restaurativos, sin que ello se convierta en obstáculo que impida un acuerdo que beneficia a la administración de justicia, pero sobre todo a las partes.

6. DISCUSIÓN

Una vez analizado los resultados de la investigación, los cuales se obtuvieron a través de una ardua búsqueda documental en la doctrina, ley y jurisprudencia, se pudo establecer que la justicia restaurativa en el ordenamiento jurídico penal colombiano y mexicano, cumple con los estándares internacionales.

Resulta importante resaltar que el ordenamiento jurídico procesal colombiano mexicano, no solo establece un mecanismo de justicia

restaurativa, sino que establece más de uno entre ellos la conciliación y la mediación. Sin embargo, debiendo precisar que en el ordenamiento jurídico penal mexicano además de los dos mecanismos anteriormente mencionados, también existe la junta restaurativa. En igual sentido se debe reconocer que en Colombia, se acude en mayor medida a la conciliación, sin desconocer la importancia que le merece la mediación, simplemente que por la falta de una reglamentación mucho más amplia y por el desconocimiento de los intervinientes del proceso penal no se acude a ella, pero lo cierto es que establece una serie de ventajas que permite que sea un verdadero proceso de justicia restaurativa. Ahora de otro lado es importante resaltar el gran avance que tiene el ordenamiento jurídico mexicano; ya que dentro de la infinidad de regulaciones en materia penal establece una ley que reglamenta de manera específica y concreta los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el ámbito penal.

Por otra parte resulta de gran relevancia los aportes que hacen las altas cortes del sistema judicial colombiano, como lo son la jurisprudencia de la Corte Constitucional (máximo tribunal de la jurisdicción constitucional) y de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal (máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria), dentro del cual muchas de las normas que tienen relación directa o indirecta con la justicia restaurativa han sido revisadas en aras de establecer si las mismas se encuentran de conformidad a la parámetros constitucionales y supraconstitucionales; en igual sentido por vía jurisprudencial y dando aplicación al principio de favorabilidad se han podido establecer formas de terminación a la investigación penal, para de esta manera garantizar verdaderos mecanismos alternativos de solución de conflictos al interior del proceso penal.

En reiteradas oportunidades hemos mencionado que el rol protagónico de los procesos restaurativos lo cumple la víctima teniendo en cuenta que es la gran beneficiaria de dicho mecanismo; en ese sentido el ordenamiento jurídico penal colombiano dota a las víctimas de una serie de garantías e instrumentos por medio del cual se le pueden salvaguardar sus derechos fundamentales como lo es la verdad, justicia y reparación pilares fundamentales de la justicia restaurativa.

Otra parte quizás no tan favorecida como lo es la víctima de los procesos de justicia restaurativa, pero quizás igual de importante, es el victimario a quien en esta etapa del conflicto, la ley procesal penal le da una segunda oportunidad de enmendar el error, como consecuencia de la infracción al ordenamiento jurídico procesal; sin embargo es importante recordar que para que la mediación, la conciliación y la junta restaurativa como mecanismos alternativos de solución de conflictos, sean efectivos deberá existir por parte del victimario una serie de características como lo es la voluntariedad, disposición, aceptación, sinceridad, arrepentimiento, integración, reparación, restitución y servicio a la comunidad, con los cuales se puede garantizar unos verdaderos resultados restaurativos al interior de los conflictos penales.

7. CONCLUSIONES

La justicia restaurativa simboliza un modelo o visión de la justicia, que se aparta de considerar lo justo como la obligación de condenas o sanciones para la persona del delincuente y que, en oposición, se centra en la indemnización y/o restitución de los daños causados a las víctimas. Propende por el encuentro entre las partes en conflicto, de manera tal que se atiendan las necesidades de los perjudicados directos e indirectos y las responsabilidades de los victimarios, en pro de la reintegración de unos y otros a la sociedad y el restablecimiento del tejido social

La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, el cual tiene por objeto principal que las partes (querellante ? querellado) lleguen a un acuerdo restaurativo, donde se resarzan los daños causados como consecuencia de la infracción al ordenamiento jurídico. En el contexto jurídico colombiano, la conciliación se convierte en requisito de obligatorio cumplimiento para proseguir con la investigación penal, ello en el evento de que las partes no lleguen a un acuerdo conciliatorio; sin embargo, si sucediere lo contrario (acuerdo conciliatorio) el fiscal titular de la investigación procederá archivar las diligencias.

Por otra parte, tal y como se mencionó en el desarrollo del presente artículo, la mediación penal en tratándose del ordenamiento jurídico penal colombiano, tiene una mayor incidencia en los escenarios de post condena, como parte de la política criminal del Estado; sin embargo, es ahí donde este importante mecanismo pierde su importancia, ya que el victimario una vez ha sido condenado pierde total interés por someterse a un proceso de justicia restaurativa, donde sabe que no va a tener ningún tipo de beneficio punitivo.

Dentro del ordenamiento procesal penal colombiano, la mediación y la conciliación son figuras independientes, pero las diferencias son de forma antes que de fondo. Esto resulta esperado si se tiene en cuenta que en el resto de países se consideran sinónimos y no coexisten en los ordenamientos, entre otras cuestiones, porque no hay diferencias fundamentales entre ellas. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico mexicano, las figuras anteriormente mencionadas junto con la junta restaurativa, son consideradas como mecanismos alternativos de solución de conflictos, en donde básicamente la diferencia radica, en cuanto a la mediación el facilitador deberá propiciar la comunicación entre los intervinientes, y frente a la conciliación además de propender por la comunicación, podrá presentar propuestas alternativas a la solución de la controversia.

Finalmente, los mecanismos alternos de solución de conflictos establecidos en el proceso penal generan que, en Colombia y México se cree un grado de cultura de paz y reconciliación, promoviendo la participación de la comunidad en la gestión pacífica de los conflictos que lesionan bienes jurídicos.

REFERENCIAS

- Corte Constitucional , C-1195 (Corte Constitucional 15 de Noviembre de 2001).
- Corte Constitucional, C-979 (Corte Constitucional 26 de Septiembre de 2005)
- Sala de Casación Penal, 35946 (Corte Suprema de Justicia 13 de Abril de 2011)
- Agudelo Betancur, N. (1999). *Documentos para la reforma penal*. Bogotá : Ediciones Nuevo Foro.
- Becerra, D. (2009). La conciliación pre procesal en el nuevo sistema acusatorio. *Revista Novum Jus* , 271-292.
- Corte Constitucional. (2008). C-902/2008. Bogotá, Colombia
- The_Council_of_Europe_Recommendation_No._R._99_19_concerning_mediation_in_pe
<https://rm.coe.int/1680706970>
- Florez, M. (2019). *Justicia restaurativa y proceso penal*. Bogotá: Rama judicial
- Gaviria Londoño, V. E. (2011). *Victimas, acción civil y sistema acusatorio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Gonzalez, A. (2009). *La Justicia restaurativa y el incidente de reparación en el proceso penal acusatorio*. Bogotá: Leyer
- Gorjón Gómez, F. J. (2017). *La justicia restaurativa como vía de pacificación social*. México : Tirant Lo Blanch
- Marchiori, H. (1990). *La víctima del delito*. Córdoba: Lerner
- Martínez Rave, G. (1988). *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*. Medellín, Dike.
- Roca, E. (1998). *Derecho de daños*. Valencia : Tirant lo Blanch
- Zer, H. (2007). *El pequeño libro de justicia restaurativa*. Good Books

Notas de autor

- a Fabian Enrique Cubillos Álvarez. Docente del programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar, Abogado de la Universidad Simón Bolívar Cúcuta, Estudiante del Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la Universidad Autónoma Nuevo León, Magister en Derecho Penal Universidad Libre Seccional Cali, Especialista en Derecho Procesal Penal de la Universidad Externado de Colombia. f.cubillos@unisimonbolivar.edu.co.
- b Gabriel de Jesús Gorjón Gómez. Catedrático en el programa de Doctorado y Maestría en Métodos Alternos Para La Solución de Conflictos, Facultad de Derecho y Criminología, UANL, Licenciado en Derecho de la Universidad de Guadalajara; Doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León; Magister En Derecho Corporativo de la Universidad de Guadalajara. gabriel.gorjong@uanl.mx
f.cubillos@unisimonbolivar.edu.co.