



Prolegómenos. Derechos y Valores

ISSN: 0121-182X

derechos.valores@umng.edu.co

Universidad Militar Nueva Granada

Colombia

Márquez Cárdenas, Álvaro E.

La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia
acusatoria

Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. X, núm. 20, julio-diciembre, 2007, pp. 201-212

Universidad Militar Nueva Granada

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602012>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

**LA JUSTICIA RESTAURATIVA VERSUS
LA JUSTICIA RETRIBUTIVA
EN EL CONTEXTO DEL SISTEMA
PROCESAL DE TENDENCIA
ACUSATORIA***

Álvaro E. Márquez Cárdenas**
Universidad Militar Nueva Granada

Fecha de recepción: 6 de septiembre de 2007.

Fecha de aceptación: 18 de octubre de 2007.

Resumen

La justicia restaurativa es una nueva manera de considerar a la justicia penal, la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones, más que en castigar a los delincuentes. Este nuevo enfoque en el proceso de atención para las personas afectadas por un delito y la obtención de control personal asociado, parece tener un gran potencial para optimizar la cohesión social en nuestras sociedades cada vez más indiferentes con las víctimas.

Palabras claves

Justicia restaurativa. Víctima. Mediación. Conciliación. Perjuicios.

**RESTORATIVE VERSUS RETRIBUTIVE
JUSTICE IN THE CONTEXT
OF CRIMINAL LAW**

Abstract

Restorative criminal justice concentrates on repairing the damage caused to victims and social relations, besides punishing criminals. The focus on the needs of victims affected by a crime and helping them regain personal control seems to have a great potential to improve social cohesion in societies which tend to be indifferent to victim's troubles.

Key words

Restorative justice. It kills. Mediation. Reconciliation. Damages.

INTRODUCCIÓN

Los sistemas de justicia penal en general, tienden a ser sistemas altamente estructurados y formales, que dependen fuertemente del encarcelamiento y de los poderes del Estado para mantener el orden social. Carecen de un sistema de política criminal y victimal que busquen la solución del conflicto penal de una manera diferente a la sola alternativa represiva.

La crisis en el sistema judicial del país se presenta por varios factores entre ellos, la incapacidad para adelantar y terminar las investigaciones y actuar frente a los delincuentes organizados en grupos de poder; congestión de proceso y casos sin resolver en los despachos de todas las instancias de la fiscalía; impunidad y falta de credibilidad en la justicia; cuestionamiento de la ausencia de Administración Pública de la justicia penal para cumplir, esta, tan fundamental misión en un Estado social y de derecho, en el contexto de un conflicto armado.

A principios de los años 90, América Latina comenzó a experimentar con reforma penales y modernización en la forma de administrar justicia en los temas criminales. En Colombia, solo hasta el año pasado, entró en vigencia la reforma procesal, y no en todo el territorio na-

* El presente artículo es el resultado de la investigación terminada denominada: "La víctima en el sistema acusatorio y los mecanismos de justicia restaurativa", de la Línea de investigación "Derecho penal", Grupo de Derecho Público de la Facultad de Derecho Universidad Militar Nueva Granada. Este escrito fue la ponencia presentada para el IX CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PÚBLICO; "BODAS DE PLATA DE LA UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA"; 12, 13 y 14 de Septiembre de 2007.

** Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Abogado, especialista en criminología. Instituto de criminología, U. Complutense. Master en Estudios Políticos, Universidad Javeriana, ex magistrado. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Investigador posgrados U. Libre. Libros publicados: La Autoría Mediata en el Derecho Penal, La Delincuencia Económica, de la Editorial Ibáñez.

cional. El nuevo sistema acusatorio que busca paliar todas las inconsistencias, irregularidades, injusticias, impunidades, etc., que se cuestionaba al sistema inquisitivo que aún rige en nuestro país, como consecuencia de la implementación escalonada del nuevo sistema procesal penal, proyecta la revolución y el cambio en la administración de la justicia en el área criminal.

RESULTADOS

1. DEL SISTEMA INQUISITIVO A LA SISTEMA ACUSATORIO EN LA IMPLANTACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Para entender las bondades del reforma, entre ellas la implementación de la justicia restaurativa como una alternativa a la justicia retributiva, es necesario tener en cuenta la deficiencias del actual proceso penal que la reforma busca corregir. Se destacan tres grandes irregularidades del proceso inquisitivo muy conocidas y debatidas que los penalistas, estén de acuerdo en la siguientes, que alimentaron la necesidad de la reforma constitucional:

1. La confusiones de funciones investigativas, acusatorias y judiciales en los fiscales fundamentadas en el afán de aplicar una justicia retributiva.
2. La falta de publicidad del proceso penal por el enorme compromiso de lo escrito sobre lo oral en el proceso penal.
3. La irrelevancia del juicio oral en la medida que los procesos criminales en el país se deciden en la parte sumarial o fase de investigación.

1.1 LA CONFUSIONES DE FUNCIONES INVESTIGATIVAS, ACUSATORIAS Y JUDICIALES EN LOS FISCALES. Implicaba que estos no solo eran investigadores, sino ellos mismo se controlaban sus propias decisiones y tenían la facultad de dictar medidas de aseguramiento, capturas realizar allanamientos, es decir realizar funciones propias de los jueces y no de los fiscales. Esta confusión de funciones

implicaba que los fiscales eran jueces y partes lo cual era desafortunado para las garantías del ciudadano porque estaban sometidos a un investigador que era al mismo tiempo podía disponer de sus derechos con la enorme tentación para los fiscales de aprovecharse de ese poder judicial para forzar negociaciones de penas o forzar investigaciones. Todo esto era desafortunado para la propia investigación porque la judicialización de esa parte investigativa hacia que los fiscales no se concentraran en lo que es propiamente la función del fiscal que es investigar y acusar. Este era uno de los defectos del procedimiento penal que sigue vigente, porque el nuevo sistema acusatorio se viene adoptado en el país en forma escalonada, con todos lo inconvenientes que se puede presentar, con el problema de la aplicación de la ley penal en el territorio. Por ejemplo, la ley 906 de 2004, esta vigente en Bogota, pero no en los municipios limítrofes como Soacha.

1.2 LA FALTA DE PUBLICIDAD DEL PROCESO. Es decir, en Colombia, los procesos penales son escritos y la falta de publicidad implica un falta de transparencia del proceso penal. Una de las grandes garantías frente a la contrariedad de los jueces es precisamente la publicidad. Si un juez tiene que actuar en público, recibir las pruebas en público, tiene que observa el debate de las pruebas que se realiza de manera concentrada y pública, todo el mundo sabe lo que paso en el proceso penal y sabe si la decisión del juez fue justa o no, pero, si un proceso penal es escrito y esta en expedientes con numerosos folios le resulta muy difícil a ciudadano saber cuales eran las pruebas que sustentaban la culpabilidad o las pruebas que servían para absolver a una persona.

1.3 LA IRRELEVANCIA DEL JUICIO. Por el enorme peso de la fase sumarial o fase investigativa, los procesos penales se deciden en los sumarios. Manifestaba un Fiscal General de Nación que la eficiencia en de la fiscalía, era tal que, el 90% de las resoluciones de acusaciones terminaban en sentencias condenatoria. En otras palabras, quien acusado casi siempre

terminaba condenado. Lo que quiere decir, que quien decide las resultas de proceso es el fiscal, y lo que es el núcleo del proceso penal, que es, juicio oral, concentrado, con inmediación de la prueba, contradictorio y público en Colombia era irrelevante con el sistema inquisitivo.

Frente a estos grandes defectos o cuestionamiento la reforma busca corregir estos defectos:

En el nuevo sistema acusatorio, distingue claramente y separa la función investigativa de los fiscales, ahora son coordinadores en esa labor, de la función de acusar y las funciones de control que ahora es propia de los jueces, y la separación de la fase sumarial, del fiscal que coordina la investigación y acusa, y el juez de garantías que lo controla. Esa separación funcional llevará a una mejor especialización investigativa y al mismo tiempo protegerá mejor los derechos y garantías de los procesados. La labor del fiscal estará sometida a jueces independientes que no dependen de los investigadores. Le da un gran centralidad al juicio. Ya no se podrá decir que prevalecen las pruebas practicadas en la investigación, por que el lugar, para la práctica de las pruebas, salvo excepciones como las pruebas anticipadas, es el juicio oral. En el juicio será donde se determine la inocencia o culpabilidad de las personas. Así mismo se da un enorme importancia al principio de publicidad. El juicio deber ser público, las pruebas deber ser practicadas o recepcionadas públicamente a la vista de todos, esto dará lugar a un mayor debate contradictorio, una mayor transparencia en el proceso penal. Todos esto presentará un mayor desafío a los operadores del nuevo CPP, estamos acostumbrados que el juicio oral era una formalidad que se reducida a la lectura de algunas piezas procesales.

Hay entonces, avances significativos y bondades en el nuevo sistema acusatorio, que podrían resumir en los siguientes aspectos:

- **EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGLADO.** A veces no se justifica realizar investigaciones penales porque se trata de de-

litos bagatela o porque la investigación penal en vez contribuir a la convivencia pacífica en ocasiones lo que hace es agravar los problemas en la comunidad. El sistema penal es inquisitivo un mal sistema para la regulación de los conflictos y en ocasiones agrava en vez de solucionar los problemas sociales.

- **LAS NEGOCIACIONES Y PRE-ACUERDOS.**
- **RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.**
- **LA INTRODUCCIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO UNA ALTERNATIVA FRENTE A LA JUSTICIA RETRIBUTIVA.**

2. LA JUSTICIA RESTAURATIVA

La justicia restaurativa es una nueva manera de considerar a la justicia penal la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones más que en castigar a los delincuentes. La justicia restaurativa surgió en la década de los años 70 como una forma de mediación entre víctimas y delincuentes y en la década de los años 90 amplió su alcance para incluir también a las comunidades de apoyo, con la participación de familiares y amigos de las víctimas y los delincuentes en procedimientos de colaboración denominados “reuniones de restauración” y “círculos”.

Este nuevo enfoque en el proceso de atención para las personas afectadas por un delito y la obtención de control personal asociado parece tener un gran potencial para optimizar la cohesión social en nuestras sociedades cada vez más indiferentes con las víctimas.

La justicia reparadora, es entendida como un proceso donde las partes involucradas en un conflicto originado por la comisión de un delito, resuelven colectivamente solucionarlo tratando las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro. En ese proceso participan necesariamente: las víctimas, los victimarios y la comunidad. En la definición de la Ley 906 de 2004 se enfatiza en dos conceptos: en el

proceso y en el resultado restaurativo, como se aprecia en el artículo 518 de la mencionada ley, donde se indica:

“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”.

La justicia restaurativa no es justicia de pequeñas causas o para delitos cometidos por menores, como tampoco es un proceso abreviado, es una visión y una posición radical y diferente del derecho penal tradicional.

3. DIFERENCIAS ENTRE JUSTICIA RESTAURATIVA Y JUSTICIA RETRIBUTIVA

La justicia restaurativa es diferente de la justicia penal contemporánea retributiva en muchas maneras.

La justicia retributiva es la que existe en la justicia penal, y la que seguirá existiendo y se fundamenta en dar un mal por otro mal, es retribuir al delincuente con un castigo, es decir, con la pena, en especial la de privación de la libertad por el mal causado a la víctima con el delito. Es legislador quien mide el castigo que el criminal debe compensar, sobre toda a la sociedad, por lo el infractor hizo a un miembro de la comunidad.

En esta justicia el delito es un problema entre el Estado y el delincuente, sin en que ella la víctima, su familia o la comunidad puedan participar activamente aún cuando puedan estar inte-

resados en la búsqueda de la solución generada con el delito.

El planteamiento entre justicia retributiva más propia de procedimiento inquisitivo y la justicia reparadora que se reacomoda mejor en un proceso penal de tendencia acusatoria, se puede diferenciar en los siguientes aspectos:

1. Mientras la Justicia restaurativa ve los actos criminales en forma más amplia, en vez de defender el crimen como simple trasgresión de las leyes, reconoce que los infractores dañan a las víctimas, comunidades y aún a ellos mismos¹.
2. La justicia restaurativa involucra más partes en respuesta al crimen, en vez de dar protagonismo solamente al Estado y al infractor, incluye también víctimas y comunidades.
3. La justicia Restaurativa mide en forma diferente el éxito, en vez de medir cuanta pena se impuso al delincuente, mide cuantos daños fueron reparados o prevenidos.
4. La restaurativa busca superar la identificación de castigo con venganza, propia de un discurso en el que lo principal es reaccionar contra el delincuente con un dolor similar al que él produjo en la víctima y, sólo en segundo lugar, buscar la no repetición (prevención) y la reparación de las víctimas. Es importante tener en cuenta que al hacer justicia el derecho apunta hacia la reparación y no hacia la venganza. Ante la evidencia de que la pena privativa de la libertad, como única respuesta al delito, ha fracasado en muchas ocasiones en su cometido de lograr la resocialización de los delincuentes, el derecho penal contemporáneo ha avanzado en el tema de las sanciones alternativa.
5. La justicia retributiva tiende a estigmatizar a las personas, marcándolas indeleblemente con una etiqueta negativa. El enfoque restau-

¹ www.pfcjr.org

rativo, confronta y desaprueba los delitos al tiempo que ratifica el valor intrínseco de los delincuentes. La esencia de la justicia restaurativa es la resolución de problemas de manera colaboradora. Las prácticas restaurativas brindan una oportunidad para que aquellas personas que se hayan visto más afectadas por un incidente se reúnan para compartir sus sentimientos, describir cómo se han visto afectadas y desarrollar un plan para reparar el daño causado o evitar que ocurra nuevamente. El enfoque restaurativo es reintegrativo y permite que el delincuente se rectifique y se quite la etiqueta de delincuente.

6. La justicia restaurativa presenta un marco que contrasta con el actual sistema occidental de tipo retributivo. Las modernas leyes occidentales de hoy día operan bajo el supuesto que el crimen es una ofensa en contra del Estado. En sistemas legales anteriores al sistema actual, el crimen era visto principalmente como una ofensa en contra de la víctima y la familia de la víctima. La justicia restaurativa recupera este foco y se interesa primordial y esencialmente por los daños causados por los actos criminales. La teoría de la justicia restaurativa sostiene que el proceso de justicia pertenece a la comunidad. Las víctimas necesitan recuperar el sentido del orden, la seguridad y recibir una restitución. Los ofensores deben ser encontrados responsables por los daños ocasionados por sus acciones. La comunidad debe estar involucrada en el proceso de prevención, confrontación, procesos de monitoreo y moverse hacia delante para la sanación. El gobierno y sus cuerpos de seguridad pública juegan un rol positivo cuando preservan el orden de tal forma que enfatizan la dimensión comunitaria. En un marco de justicia restaurativa, las comunidades y sus miembros asumen responsabilidades de dirigir el fundamento social, económico y los factores morales que contribuyen al conflicto y la violencia².

² www.colegiomediacion.com

7. La justicia restaurativa ve de manera comprensiva los actos criminales, pues no se limita a definir un crimen como violación de la norma, sino que reconoce que los ofensores hieren a la víctima, la comunidad e inclusive a ellos mismos en el acto³.
8. La justicia restaurativa involucra a mayor número de actores en la resolución del crimen, como a la víctima y la comunidad, en vez de centrarse únicamente en la figura de ofensor y el Estado⁴.
9. La justicia restaurativa tiene una visión mas amplia del hecho punible, ya que no se dedica exclusivamente a la defensa del crimen, por que analiza la situación de las víctimas, del infractor y de la comunidad para buscar la mejor solución al problema⁵. Involucrando, al agresor de la ley, al Estado, a la víctima y a la sociedad.
10. La justicia restaurativa no hace relación al castigo por la infracción propia de la norma, ya que le otorga especial importancia a los daños reparados o prevenidos⁶.

De esta manera, es claro, que las políticas de justicia restaurativa ofrecen varias ventajas comparativas. Su aplicación permitirá utilizar de modo más eficiente el sistema de justicia penal, concentrando sus esfuerzos y recursos limitados en los delitos más graves y contribuyen así a reducir la población de las cárceles aliviando el hacinamiento y, por consiguiente, reduciendo los costos de mantenimiento de las cárceles. Al permitir a los delincuentes que permanezcan con sus familias y continúen sus actividades sociales y profesionales, se ayudaría al delincuente a readaptarse a la sociedad. Por su parte, en un sistema de justicia restaurativa la víctima, como quedo regulado en nuevo sistema acusatorio, será la gran protagonista, que va partici-

³ www.justicia-restaurativa-colombia.org

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

par activadamente en la solución del conflicto penal.

4. TIPOS DE SANCIONES EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA⁷

La justicia reparadora, tiende a que la solución del conflicto no sea simplemente un proceso para aplicar una pena. Sino ver la forma alternativa, útil, eficaz y pacífica de solucionar un conflicto originado por la comisión de un delito. Esta son algunas de las formas de sanciones propias de un justicia reparadora reconocidas por la doctrina.

1. **La restitución:** Consiste en el pago por parte del infractor de una suma de dinero para compensar a la víctima por las pérdidas económicas causadas por el delito. Esta sanción puede determinarse en el curso de la mediación de manera individual o junto con la participación del juez.

2. **El servicio a la comunidad:** Implica una verdadera acción del delincuente y su reconciliación con la sociedad, al reparar así sea parcialmente el daño causado, mediante el trabajo realizado por el infractor en beneficio de la comunidad.

3. Reparación⁸

3.1 **Reparación Individual:** Las reparaciones individuales son cuando una persona acude ante un juez, y ese juez condena al responsable de un crimen y obliga indemnizar a la víctima, y es una indemnización individual.

3.2 **Reparación Colectiva:** Se orienta a la reconstrucción psicosocial de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática.

3.3 **Reparación Simbólica:** Se entiende por reparación simbólica toda prestación reali-

zada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

3.4 **Reparación material:** Comprende todos los actos relacionados con la indemnización.

3.5 **Reparación Integral:** El derecho de las víctimas a la reparación integral comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas.

5. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Los principios son las reglas esenciales o las ideas fundamentales que ser guía al interprete u operador judicial en la aplicación de una institución jurídica. De Conformidad con el artículo 528 del nuevo sistema procesal de tendencia acusatorio, se relacionan los siguientes:

1. Los métodos de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del proceso, incluso cuando el procesado esta cumpliendo la pena privativa de libertad.
2. Consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.
3. Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito.
4. La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.
5. El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.

⁷ www.justicia-restaurativa-colombia.org

⁸ www.cnrr.org.co

6. Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto.
7. La víctima y el imputado, acusado o sentenciado tendrán derecho a consultar a un abogado.

6. MECANISMOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

El código se ocupa de tres formas o programas de solución de conflictos de justicia restaurativa, sin que sean los únicos, pues las formas alternativas de solucionar conflicto son muchos, algunos autores entre ellos el profesor BERISTAIN IPIÑA, al referirse a esta forma de justicia la denomina, justicia recreativa, pues la víctima, el delincuente, la comunidad y las familias de los involucrados pueden a su iniciativa proponer soluciones acordes con el respeto a los principios del procedimiento penal y los derechos y garantías fundamentales de los intervinientes.

Estos mecanismos son:

- la conciliación preprocesal
- La mediación
- La reparación integral

6.1 La conciliación preprocesal

La conciliación es un mecanismo que se conoce en nuestro actual sistema procesal, que frente a la crisis de la administración de justicia, se adoptó en todas las áreas del derecho como una forma de descongestionar los despachos judiciales y una manera de apresurar la solución de las controversias entre los interesados, para evitar que los conflictos tuvieran que surtir las instancias judiciales en busca de una solución.

Mediante la conciliación las partes, refiriéndose al asunto penal, la víctima y el victimario acuerdan sus voluntades para de una manera consensuada den solución a la controversia originada con el delito en los casos que permite la ley.

Fue mediante la ley 640 de 2000, que autorizó la conciliación extrajudicial permitiendo que

las controversias pudieran ser resueltas por personas distintas a los funcionarios judiciales, esto es, conciliadores particulares que hagan parte de los centros de conciliación autorizados.

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

La conciliación como mecanismo de justicia restaurativo, constituye en el proyecto un requisito de procedibilidad para los delitos que requieren querrela de parte, sin la cual no se puede iniciar la acción penal.

Los delitos querellables son competencia de los jueces municipales frente a los cuales el fiscal local será el acusador. Los delitos que requieren querrela se relacionan en el art. 74 del proyecto, con la excepción cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad: como todos los hechos punibles que no tienen señalada una pena privativa de la libertad, la ayuda al suicidio, la injuria, la calumnia, emisión y transferencia ilegal de cheques, etc.

LA CONCILIACIÓN PREPROCESAL SE REALIZA ANTE:

el fiscal que corresponda,
o en un centro de conciliación
o ante un conciliador reconocido como tal.

QUE DEBE HACER EL FISCAL cuando conoce de un delito que es querellable:

El fiscal citará a querellante y querellado a diligencia de conciliación. Si hubiere acuerdo procederá a archivar las diligencias. En caso contrario, ejercitará la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

El estatuto no señala, como lo hace el actual, el término para el cumplimiento del acuerdo. Es decir, el plazo para su acatamiento será el que fije las partes sin ser necesariamente 60 días, esto depende de los acuerdos en que convengan víctima y victimario. Si en el caso la Policía Judicial a recogido evidencias materiales de ese

hecho punible deberá, se entiende que, archivar con pendiente que el interesado cumplan con el acuerdo de conciliación, si se cumple se archivan definitivamente las diligencias. Si el acuerdo no se cumple o se cumple parcialmente la diligencias tendrán que ser desarchivadas e iniciarse la acción penal.

Si la audiencia de conciliación se realizare ante un centro o conciliador reconocidos como tales, el conciliador enviará copia del acta que así lo constate al fiscal quien procederá al archivo de las diligencias si fue exitosa o, en caso contrario, iniciará la acción penal correspondiente, si fuere procedente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

INASISTENCIA DE LAS PARTES

La inasistencia injustificada del querellante se entenderá como desistimiento de su pretensión. La del querellado motivará el ejercicio de la acción penal, si fuere procedente.

En cualquier caso, si alguno de los citados fuere incapaz, concurrirá su representante legal.

La conciliación se ceñirá, en lo pertinente, a lo establecido en la ley 640 de 2001.

6.2 La mediación

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

El primer Programa de Reconciliación entre Víctima y Delincuente (llamado VOM, por su nombre en inglés, "*Victim Offender Mediation*") comenzó como un experimento en Kitchener, Ontario, a principios de los 70 cuando un funcionario de libertad condicional de menores convenció a un juez de que dos jóvenes conde-

nados por vandalismo debían reunirse con las víctimas de sus delitos. Después de los encuentros, el juez ordenó a ambos jóvenes realizar una restitución a las víctimas como condición para la obtención de la libertad condicional. Por lo tanto, los VORP (o Programas de Reconciliación entre Víctima y Delincuente) comenzaron como una sentencia alternativa posterior a la condena basada en la libertad condicional.

La participación de la víctima es voluntaria. Usualmente, la participación del delincuente se caracteriza por ser también voluntaria, si bien debemos reconocer que los delincuentes pueden "ofrecerse voluntariamente" con el propósito de evitar resultados más onerosos que de otro modo les serían impuestos.

El mediador no impone un resultado específico, esto es, el mediador no toma ninguna decisión que pueda vincular a las partes, son estas quienes acuerdan una solución. En lugar de eso, el rol del mediador consiste en facilitar la interacción entre víctima y delincuente, durante la que cada uno asume un rol activo para alcanzar un resultado que sea percibido como justo por ambos.

La mediación propicia el diálogo entre las víctimas, la comunidad y el infractor del hecho, facilita la búsqueda de una solución creativa y conciente, permite a los protagonistas conocer los hechos desde el punto de vista del contrario, de manera que las partes encuentren en la reconciliación una experiencia en donde tengan la sensación que ellos mismos están creando justicia en vez de, pasivamente, recibirla.

En la práctica, el mediador acerca a víctima y delincuente a fin de asegurarse de que la mediación sea apropiada para ambos. En particular, el mediador intenta asegurarse que ambos sean psicológicamente capaces de hacer de la mediación una experiencia constructiva, de que la víctima no se vea aun más perjudicada por el hecho de reunirse con el delincuente, y de que ambos comprendan que su participación es voluntaria.

Luego, las partes se reúnen a fin de identificar la injusticia, rectificar el daño, restaurar los perjuicios, y establecer cronogramas de pago y monitoreo. Ambas partes presentan su versión de los eventos que condujeron al delito y las circunstancias que lo rodearon. La víctima tiene la posibilidad de hablar acerca de las dimensiones personales de la victimización y pérdida, en tanto que el delincuente tiene la posibilidad de expresar su remordimiento y explicar las circunstancias que rodearon a su comportamiento. Luego, las partes se ponen de acuerdo con respecto a la naturaleza y alcance del daño causado por el delito a fin de identificar los actos necesarios para reparar el perjuicio sufrido por la víctima. Las condiciones de la reparación acordada, por ejemplo, restitución, servicios en especie, trabajos la comunidad, pago de daños, términos o plazos para cumplir etc. El acuerdo se recoge en un escrito, junto con los cronogramas de pago y monitoreo.

LA MEDIACIÓN PODRÁ REFERIRSE:

- A la reparación del daño,
- A la restitución o resarcimiento de los perjuicios causados;
- A la realización o abstención de determinada conducta;
- A la prestación de servicios a la comunidad;
- o pedimento de disculpas o perdón.

Procedencia. La mediación se puede solicitar:

- Desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral.
- procede para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años de prisión
- o cuando la conciliación preprocesal a fracasado.
- y víctima y victimario deben aceptar expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa.

En los delitos con pena superior a cinco (5) años la mediación será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la

actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción.

SOLICITUD DE LA MEDIACIÓN

La mediación podrá solicitarse por la víctima o por el imputado o acusado ante el fiscal, juez de control de garantías o juez de conocimiento, según el caso, para que el Fiscal General de la Nación, o su delegado para esos efectos, proceda a designar el mediador.

En los casos de menores, inimputables y víctimas incapaces, sus representantes legales deberán participar en la mediación.

El mediador expedirá un informe de sus resultados y lo remitirá al fiscal o al juez, según el caso, para que lo valore y determine sus efectos en la actuación.

Los resultados de la mediación serán valorados para el ejercicio de la acción penal; la selección de la coerción personal, y la individualización de la pena al momento de dictarse sentencia.

EFFECTOS DE LA MEDIACIÓN

El acuerdo a que lleguen lo interesados en la mediación tiene efectos vinculantes para la víctima y victimario. En consecuencia: Excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral.

Es preciso aclarar, que la decisión de acudir a la mediación, no es lo que tiene efectos vinculantes, como que el nuevo Código de Procedimiento penal, sino el acuerdo a que lleguen víctima y victimario en proceso de mediación con un tercero neutro e imparcial. El mediador no es administrador de justicia, es un facilitador, un intermediario neutral entre la comunicación de la víctima y el victimario. El mediador no resuelve, son las partes quienes deciden la orientación del acuerdo. Un mediador con facultades de administrar justicia no fue previsto en la reforma constitucional.

El Código procesal acusatoria, previa que lo que tenía efectos vinculantes era la decisión de mediador, situación que fue objetada por el presidente y fue corregida. Si se aceptara que la decisión del mediador tiene esos efectos tan graves, su decisión podría ir en contra de los derechos de las víctimas, pues cualquier acuerdo, por ejemplo el simple perdón, llevaría que el afectado con el delito ya no le podría cobrar los perjuicios al victimario ni mediante la acción civil derivada del delito ni abrir el incidente de reparación integral.

6.3 Conciliación en el incidente de reparación integral

La justicia restaurativa intenta reparar el daño causado por el delito. De ser posible, esta reparación debe ser realizada por quien causó el daño, es por eso que la justicia restaurativa valora los esfuerzos de los delincuentes por compensar lo que hicieron.

La reparación no es una cuestión meramente jurídico-civil, sino que contribuye esencialmente también a la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues, obliga al autor del delito a enfrentarse con las consecuencias de su conducta y aprende a reconocer los perjuicios causados a la víctima. Es una oportunidad de reconciliación y acercamiento entre el delincuente y la víctima y facilitar la reintegración del culpable.

La reparación no se refiere solo a un pago por los perjuicios causado, comprende también el compromiso de la restitución o devolución o reemplazando de la propiedad objeto del delito, o brindar servicios directos a la víctima o a la comunidad.

PROCEDENCIA

Emitido el sentido del fallo que **declara la responsabilidad penal del acusado** y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del ministerio público a instancia de ella, el juez fallador abrirá inmediatamente el incidente de

reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, y convocará a audiencia pública dentro de los ocho (8) días siguientes.

Cuando la pretensión sea exclusivamente económica, sólo podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes.

TRÁMITE

- Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable;
- Con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira
- e indicación de las pruebas que hará valer.

En esta primera audiencia del incidente tendrá la oportunidad de citar el tercero civilmente responsable y el asegurador según el caso.

- **El juez examinará la pretensión Y PUEDE RECHAZARLA O ADMITIRLA.**

La rechaza si quien la promueve no es víctima directa o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y éste fuere la única pretensión formulada. La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de recurso de impugnación.

Si admite la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del declarado penalmente responsable y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente y lo allí acordado se incorporará a la sentencia. En caso contrario el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse el declarado penalmente responsable deberá ofrecer sus propios medios de prueba.

- **Audiencia de pruebas y alegaciones.** El día y hora señalados el juez realizará la audiencia, la cual iniciará con una invitación a los intervinientes a conciliar. De lograrse el

acuerdo su contenido se incorporará a la decisión. En caso contrario, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oír el fundamento de sus pretensiones.

- **La ausencia injustificada del solicitante** a las audiencias de este trámite implicará: el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condena en costas.
- Si injustificadamente no compareciere el declarado penalmente responsable se recibirá la prueba ofrecida por los presentes y, con base en ella, se resolverá. Quien no comparezca, habiendo sido citado en forma debida, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente.
- **Decisión de reparación integral.** En la misma audiencia el juez el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, la cual se incorporará a la sentencia de responsabilidad penal.

CADUCIDAD

La solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca treinta (30) días después de haberse anunciado el fallo de responsabilidad penal.

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado.

El tercero civilmente responsable podrá ser citado o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima del condenado o su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente.

CITACIÓN DEL ASEGURADOR

Exclusivamente para efectos de la conciliación en el trámite del incidente de reparación inte-

gral, la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable podrán pedir la citación del asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro válidamente celebrado, quien tendrá la facultad de participar en dicha conciliación.

CONCLUSIÓN

Con la justicia restaurativa se propone la humanización del proceso penal, mediante una opción preferencial por las víctimas del delito, olvidadas y maltratadas en el desarrollo del proceso penal tradicional y se les reconozca la atención negada a la verdad, la justicia y la reparación de sus daños causados con el delito.

Los legisladores preocupados más por la persona que transgreden la norma de carácter criminal, han dejado de lado las víctimas como sujetos protagonistas del drama criminal, frente a lo cual, es necesario escucharlas, atender sus expectativas buscado en la solución del conflicto penal una solución integral que equilibre la intervención y los derechos de las partes en el desarrollo de la tragedia social.

Los sistemas penal actuales, como el nuestro, la víctima ha sido despojada de su conflicto, es decir, el Estado secuestra el conflicto penal para evitar la venganza personal de la víctima o sus afectados con el delito y dirige toda su atención a la persecución y sanción del autor del hecho olvidando las necesidades de protección, respeto y consideración de quien a sufrido la acción delictiva. De esta manera el Estado sienta su interés en el delincuente como única manera de controlar el delito. Todas las garantías procesales como sus derechos fundamentales, del delincuente, están protegidas, de ahí que algún autor, haya indicado que la legislación penal es la carta manga del delincuente. De esta manera, la deshumanización del sistema penal tiene su reflejo directo en el proceso que ha terminado en convertirse en un instrumento de una justicia formal, que en no pocas ocasiones generador de mayores daños y perjuicios de los que causan los delitos.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Rimo, Alberto. Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2002.

Beristain-Ipiña, Antonio. Criminología y Victimología. Alternativas Re-creadoras al Delito. Leyer, Bogotá, 1998.

--- Criminología, Victimología y Cárceles. Tomo I. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Colección Profesores 22, Bogotá, 1996.

Bustos Ramírez, Juan y Larrauri Elena. Victimología: Presente y futuro. Temis. Bogotá, 1993.

García-Pablos, Antonio. Tratado de Criminología. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

--- La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal. Criminología y Derecho Penal al Servicio de la Persona. Libro – Homenaje al profesor Antonio Beristain. Donostia – San Sebastián, 1989.

Jakobs, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación.

Marcial Pons, Madrid, 1995. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y Jose Luis Serrano González de Murillo.

Landrove Diaz, Gerardo. Victimología. Tirant lo Blanch. Valencia, 1990.

Messuti, Ana. El tiempo como pena y otros escritos. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Criminología y Victimología 2. Bogotá, 1998.

Mir Puig, Santiago. Derecho Penal, Parte General. 4ª Edición. Barcelona, 1996.

Ricoeur, Paul. “¿Quién es el sujeto de derecho?”. Lo Justo. Collección Espirit, Caparrós Editores, Madrid, 1999.

Rodríguez Manzanera, Luis. Victimología. Estudio de la Víctima. Porrúa. México. 1989.

Sampedro, Julio Andrés. La humanización del proceso penal. Legis, Bogotá, 2002.

---”¿Quiénes son las víctimas del delito?. Redefinición del concepto desde la victimología”. Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Vol. XXI, número 67, septiembre/diciembre de 1999.