



Prolegómenos. Derechos y Valores
ISSN: 0121-182X
derechos.valores@umng.edu.co
Universidad Militar Nueva Granada
Colombia

Márquez Cárdenas, Alvaro E.
LA DOCTRINA SOCIAL SOBRE LA JUSTICIA RESTAURATIVA
Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XII, núm. 24, julio-diciembre, 2009, pp. 59-75
Universidad Militar Nueva Granada
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87617269005>

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

LA DOCTRINA SOCIAL SOBRE LA JUSTICIA RESTAURATIVA*

Alvaro E. Márquez Cárdenas**

Universidad Militar Nueva Granada

Fecha de recepción: 15 de octubre de 2009

Fecha de aceptación: 16 de noviembre de 2009

Resumen

La justicia restaurativa es una nueva corriente en el campo de la victimología. Entendida como un proceso o un resultado donde las partes involucradas en un conflicto originado por la comisión de delito, resuelve colectivamente solucionarlo tratando las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro. En ese proceso participan necesariamente: las víctimas, los victimarios, la comunidad con o sin ayuda de un tercero neutral que buscan el consenso de la parte buscando una forma de justicia horizontal no vertical propia de la justicia retributiva, no impuesta sino acordada por las partes en los casos que lo autorice el legislador.

Palabras clave

Víctima, justicia restaurativa, conciliación, mediación, autoría criminal, proceso penal, mecanismos alternativos, victimología

* El presente escrito es el resultado de la investigación denominada: La Conciliación preprocesal en el nuevo sistema procesal acusatorio. Línea de investigación: Derecho penal. Grupo de Derecho Público adscrito al Centro de investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada.

** Abogado. Doctor en Derecho Por La Universidad Complutense de Madrid, España. Especialista en criminología. Instituto de criminología, U. Complutense. Master en Estudios Políticos, Universidad Javeriana, ex magistrado. Docente investigador-postgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. Docente Investigador Centro de investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada. Libros publicados: La Autoría Mediata en el Derecho Penal, La Delincuencia Económica y la Coautoría en Derecho penal.

SOCIAL DOCTRINE ON RESTORATIVE JUSTICE

Abstract

Restorative justice is a new trend in the field of Victimology. Understood as a process or an outcome where the parties involved in a conflict caused by committing a crime, trying to solve collectively resolve the consequences of crime and its implications for the future. Necessarily involved in this process: victims, offenders, the community with or without the aid of a neutral third party who seek the consensus of the party seeking a form of legal vertical not horizontal own retributive justice, not imposed but agreed upon by the parties in cases authorized by the legislature.

Key words

Victim, restorative justice, reconciliation, mediation, criminal authorship, criminal proceedings, alternative, Victimology.

RESULTADOS

1. FUENTES NORMATIVAS Y DOCTRINARIAS DE 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 restaurativa es un nuevo movimiento en el campo de la victimología y la criminología. Entendido como un proceso donde las partes involucradas en un conflicto originado por la comisión de delito, resuelve 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 se enfatiza en dos conceptos en el proceso y en el resultado restaurativo, como se aprecia en el art. 518 de la ley 906 de 2004 en los siguientes términos.

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.

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

- Primero. 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 mismos.

- Segundo. La justicia restaurativa involucra más partes en repuesta al crimen, en vez de dar protagonismo solamente al Estado y al infractor, incluye también víctimas y comunidades.
- Finalmente, 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.

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 quedó regulado en nuevo sistema acusatorio, será la gran protagonista, que va participar activamente en la solución del conflicto penal.

1.1 Instrumentos internacionales

Los siguientes son principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985:

“4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño

que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

5. Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos”...

“8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Este resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.

9. Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales”.

Igualmente forman parte de los instrumentos internacionales, el conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad que establece los derechos de las víctimas:

“I. Derecho a saber: Principio 3. El derecho de las víctimas a saber. Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas, así como sus familias y allegados, tienen derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima

II. Derecho a la justicia: Principio 20. Deberes de los Estados en materia de administración de justicia.

La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que sean procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas los recursos eficaces y la reparación del perjuicio sufrido y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones.

III. Derecho a obtener reparación: Principio 39. Ámbito de aplicación del derecho a obtener reparación. El derecho a obtener reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima; comprenderá, por una parte, medidas individuales de reparación relativas al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación y, por otra, medidas de alcance general, como medidas de satisfacción y garantías sobre la no repetición¹.

1.2 Constitución Política

Dispone el artículo 250 de la Constitución Política reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002² en su artículo 2º.

“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los delitos que revistan las características de un delito

¹ En la misma forma se expresa el Anexo al Informe Final del Relator Especial sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, presentado a la Comisión Permanente de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el año 2000.

² Resulta, en consecuencia, el Acto Legislativo 03 de 2002 la norma constitucional básica creadora del mecanismo de la Justicia Restaurativa que, por lo demás, enmarcó en su contexto el contenido de los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1.: Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas... 2.: ... 3.: ... 4.: ... 5.: ... 6.: Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados por el delito. 7.: Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervenientes en el proceso penal; la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa. 8.:...9.:....”.

1.3 Código de procedimiento penal

La ley 906 de 2004 dedica el Libro VI y los tres capítulos que lo integran: artículos 518 a 521 inclusive, el primero; artículo 522 el segundo, y artículos 523 al 527 inclusive, el tercero, a desarrollar el mecanismo de la Justicia

Restaurativa, a reglamentar sus moduladores y a legislar en torno a su significado, alcance y consecuencias.

La doctrina de la Corte Constitucional creó sin lugar a dudas un antecedente de importancia manifiesta sobre la justicia restaurativa, en particular mediante el pronunciamiento contenido en la sentencia C-228 de 2001, Magistrados Ponentes MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA y EDUARDO MONTEALEGRE LINETT, en donde por primera vez se plantearon doctrinariamente los derechos de las víctimas, reducidos, hasta ese instante, a la sola indemnización económica. Esto abrió el camino a los mecanismos del nuevo instituto, posteriormente constitucionalizado en el Acto Legislativo 03 de 2002 y luego reglamentado a través de las disposiciones citadas anteriormente de la ley 906 de 2004.

Al respecto, plantea la Corte Constitucional:

“... tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia -no restringida exclusivamente a una reparación económica- fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible.

Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus

intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso:

1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.
2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.
3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito".

1.4 Circunstancias para enviar un caso a la solución del conflicto a un programa de justicia restaurativa

Con el fin de garantizar la transparencia, la seriedad y la eficacia de los mecanismos de justicia restaurativa, creados por las normas procesales establecidas en el nuevo sistema acusatorio es necesario que quienes se integren a un programa de justicia restaurativa conozcan desde el primer momento en qué consiste esta forma alternativa de justicia, las consecuencias que comporta su decisión, los trascendencias de los acuerdos que lleguen a obtenerse, los beneficios para las partes, los efectos de los mismo a un futuro en el proceso penal y la protección que la misma ley otorga al infractor en el caso de que no se llegue a ningún acuerdo restaurativo o que se incumplan los compromisos adquiridos.

Antes de la remisión de un caso al proceso restaurativo, la norma de ley 906 ha dispuesto algunas condiciones y requisitos para que el fiscal que conoce del proceso pueda remitir el caso a los programas de justicia restaurativa. Esas condiciones, establecidas en el artículo 520 de la ley 906 de 2004, son:

- a) Los funcionarios judiciales -fiscal y juez- están en la obligación de informar, instruir y precisar a las partes que quieren intervenir en el programa, los derechos que les asisten, la naturaleza del proceso y las posibles consecuencias de su decisión.
- b) El sujeto pasivo, la víctima o el perjudicado debe conocer que le asiste el derecho a la reparación, a la verdad y a la justicia dentro del marco del respeto a su condición y a las garantías consagradas en los artículos 11, 133, 134, 135, 136 y 137 del Código de Procedimiento Penal, entre las que se encuentran el derecho a la protección, a la información y a la asistencia legal gratuita, si esa es su voluntad.
- c) El indiciado, acusado o condenado debe recibir información sobre sus garantías fundamentales como participante en el programa: derecho a la asistencia de abogado; a la libre aceptación de su responsabilidad y de las consecuencias que esto comporta; a la búsqueda de mecanismos de reparación para sus víctimas, y al reintegro a la comunidad, en condiciones de respeto a la dignidad propia de la persona humana³.

De otra parte, a los funcionarios judiciales (fiscal y juez) compete establecer que los intervinientes del programa (victima y victimario) lleguen a involucrarse al proceso restaurativo, confianza, libre voluntad y conciencia libre de cualquier modalidad de coacción, con pleno conocimiento de lo que significa la mediación o la conciliación al cual se acogen y sin que medie, en su determinación, las presiones indebidas, la fuerza o la inducción fraudulenta.

³ Estas condiciones son necesarias para que los interesados puedan decidirse al ingreso a los programas de justicia restaurativa y que los funcionarios judiciales estén en la obligación de garantizar, con el objeto de que el nuevo mecanismo implantado en la ley 906 de 2004 tenga eficacia y responda a los propósitos de reconciliación.

1.5 Regulación normativa del proceso de justicia restaurativa en la ley 906

La justicia restaurativa, es una forma alternativa de justicia que se presente a la justicia retributiva, mientras esta última está regulada normativamente en los códigos de procedimiento penal, la justicia restauradora, solo cuenta con algunos disposiciones que la definen, que establecen sus principios y establecen sus efectos legales. Esto es así pues la forma de justicia en la solución del conflicto penal, recrea el problema penal que es complejo y en la solución que debe ser de la misma naturaleza se debe recrear o crear la solución más convenientes para las partes afectadas con el delito, por lo tanto, esta forma de solución no puede sujetar a los rigores literales de las normas procesales, de ahí que en países como España a la justicia restaurativa se denomina justicia recreativa. Así en las disposiciones de la ley 906 de 2004, este mecanismo de justicia restaurativa se rige por las siguientes reglamentaciones⁴:

a) 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

⁴ ARTÍCULO 519. Reglas Generales. Los procesos de justicia restaurativa se regirán por los principios generales establecidos en el presente código y en particular por las siguientes reglas: 1. 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. 2. Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito. 3. La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores. 4. El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena. 5. Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto. 6. La víctima y el imputado, acusado o sentenciado tendrán derecho a consultar a un abogado.

sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.

Es la primera regla o principio sin la cual no se puede entender una reconciliación. El consentimiento debe ser libre y voluntario que presupone la ausencia de cualquier vicio que afecte el conocimiento y la voluntad, como podría ser llevar al contrario a ese mecanismo mediante error, coacción, engaño, fuerza.

La sujeción a un programa de justicia restaurativa no puede ser impuesta ni por el fiscal ni por la autoridad judicial, porque su aceptación no pertenece al campo de la obligatoriedad legal, no es requisito de juzgamiento, y su rechazo no constituye fundamento de condena ni reconocimiento de culpabilidad. De esto se deduce que la primera condición que la ley exige para la participación en los procesos de justicia restaurativa, es que exista consentimiento libre y voluntario de las partes de someter el conflicto a un proceso restaurativo.

Pero aun cuando inicialmente hayan dado ese asentimiento posteriormente y sin mayores consideraciones las partes lo pueden retirar, sin que ello implique a los afectados por su conducta o decisión indicios en su contra. Sin embargo, esto no parece ser así, pues el Artículo 526⁵, al regular los efectos de la mediación estableció: "La decisión de víctima y victimario de acudir a la mediación tiene efectos vinculantes, en consecuencia, excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral." Es necesario precisar que la decisión de las partes de acudir a la mediación, como mecanismo de justicia restaurativa no es lo que vincula a los intervenientes, es el acuerdo a que estos lleguen.

⁵ ARTÍCULO 526. Efectos de la mediación. La decisión de víctima y victimario de acudir a la mediación tiene efectos vinculantes, en consecuencia, excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral.

Las partes en cualquier momento del proceso de mediación pueden retirar su consentimiento. La mediación o la conciliación no pueden mantenerse en contra de su voluntad de los participantes. De manera, que haciendo un interpretación doctrinaria del artículo 526 del nuevo estatuto procesal, debe entenderse que lo que quiso el legislador decir en la frase: "La decisión de víctima y victimario de acudir..." no es la que obliga o compromete a las partes, sino lo que produce efectos es el acuerdo entre ellos. La simple decisión de mediar es solo un paso camino de llegar a los acuerdos mutuos de solución el conflicto originado con el delito.

b) Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito.

La justicia restaurativa pretende que tanto víctima como infractor en reuniones, conversaciones sé logre ese acercamiento, de manera que cada uno de los intervenientes puede apreciar el conflictos desde el punto de vista del contrario y conocer sus necesidades y capacidades de asumir compromisos, por eso, como forma de reparación el legislador incluyó que en algunos casos es suficientes la disculpas y perdones sinceros.

No es de recibo, que en este mecanismo de justicia, la víctima se aproveche que quien busca salir de un proceso penal o del cárcel si esta detenido, o que el infractor se beneficie de la necesidad de desamparo económico de la víctima para indemnizar con cualquier suma que no represente el daño causado.

La Corte Constitucional en varias sentencias sobre la exequibilidad de la ley 906 de 2004, ha reiterado que el nuevo sistema de juzgamiento implantado en nuestro país se fundamenta, en los casos de reparación e imposición de castigos en los principios de la razonabilidad y la proporcionalidad. De esta manera, los mecanismos de la justicia restaurativa no

podían quedar al margen del contexto general del sistema; y es así como se estableció que los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito.

Los programas restaurativos deben, entonces, encuadrarse en lograr para los intervenientes beneficios evitando el posible abuso de uno en contra del otro, sino de lograr la reparación o la indemnización justa en cada caso.

El análisis de este principio o regla lo deberá apreciar el juez de garantía al dar la aprobación del acuerdo con lo cual dará lugar a la terminación del proceso y como efecto a la imposibilidad que la víctima inconforme pueda acudir a la jurisdicción ordinaria a reclamar daños y perjuicios por el delito que originó el conflicto social.

c) La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores. El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena. Es disposiciones buscan incentivar al infractor a la participación en los mecanismo de justicia restaurativa, con la garantía que sus manifestaciones de culpabilidad o responsabilidad manifestadas en su confección o aceptación de los hechos pueda, ante el fracaso del acuerdo, ser utilizados en su contra.

En la aplicación de la mediación como mecanismo de justicia restaurativa, es necesario que el infractor tenga realmente vocación de arrepentimiento sincero, más que la confesar, para luego incumplir los acuerdos, dejando al fiscal sin elementos de prueba para una posterior acusación, al no poder utilizar la información probatoria admitida o presentada en los acuerdos por el procesado, situación indebida que el fiscal y juez deben prever. Por expresa

prohibición de los numerales 3º y 4º del artículo 519⁶ del Código de Procedimiento Penal la aceptación de cargos por parte del infractor en los mecanismos de justicia restaurativa no pueden utilizarse como admisión de su culpabilidad en posteriores actuaciones jurídicas en el proceso por el delito del caso, como tampoco se puede utilizar como fundamento de una condena o para solicitar su agravación.

d) Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto.

Los dos mecanismos de justicia restaurativa regulados en Código de Procedimiento Penal: la mediación y la conciliación, con la posibilidad en esta última de la intervención de un facilitador que busque entre las partes el acuerdo, pero, no previó lo que se está presentando en los despachos de Unidades de Atención Inmediata en la Fiscalía que, el fiscal se ha convertido en el conciliador. Sin embargo, como rezagos del sistema inquisitivo en la conciliación el facilitador es el fiscal que es a su vez, es la parte acusadora, interesada en evitar a toda costa, en algunos casos, que el delito querellado surta los trámites de todo un proceso judicial para ir a juicio. Sin embargo, la intervención del fiscal como mediador, en estas, condiciones viene parcializada en con-

travía de lo dispuesto en el numeral 5 del art. 519 del CPP⁷.

El tercero neutral o el facilitador es propio en la mediación y éste tendrá la obligación de actuar de una manera imparcial, sin favorecer a ninguna de las partes en conflicto y buscando que la víctima el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto.

Ser mediador es una de las actividades en el derecho penal que exige las mayores calificaciones morales y de conocimientos jurídicos, psicológicos, sociales etc., para lograr que en los delitos más graves para lo cual está prevista esta figura de justicia restaurativa, como en un homicidio, puede acercar las partes al diálogo y que este sea una buena experiencia y no una tercera victimización para la propia víctima, sus parientes cercanos o familiares. El mediador asume una posición intermedia entre ser los intereses del fiscal y el acusado. El facilitador al guiar el conflicto a la solución, debe actuar, según algunos autores, como un buen padre de familia, valorar las pruebas y conoce las intimidades que las partes en el hecho delictivo para buscar la empatía y el buen entendimiento entre los afectados con el delito.

La imparcialidad del mediador se valorará en su oportunidad por el fiscal y posteriormente por el juez de garantías, pues, sus resultados pueden dar lugar a que el proceso termine sin sentencia o puede servir, en el caso de estar el procesado privado de su libertad provisionalmente o condenado, se le pueda dar o no la libertad o se

⁶ Estas normas buscan proteger los programas de justicia restaurativa con el objeto de que no se constituyan en fuente de graves e indebidas consecuencias para quienes participan en ellos, como autores del delito. Redundará así, de una parte, en la independencia y la seriedad de los mecanismos, y de otra, dará seguridad a los victimarios que gozarán de protección legal ya que su voluntad en la participación de búsqueda de resultados restaurativos no será utilizada como prueba de culpabilidad en otros procedimientos jurídicos, y además, si incumplen el acuerdo restaurativo, esa circunstancia no podrá ser tenida en cuenta, como fundamento de condena ni como causal de agravación de la pena.

⁷ Al no existir en la fiscalía General de Nación carrera administrativa para los funcionarios de la fiscalía, estos son valorados, en algunos casos, por su producción de conciliación positivas o por el número de archivos de diligencias, esto con llevar que el fiscal como facilitar, situación que no está prevista en CPP, terminen siendo interesados en presionar conciliaciones o proceder archivos de diligencias porque el denunciante no llevó a la hora señalada, sin que se permite al afectado oír sus reclamaciones.

le beneficie con uno de los subrogados penales que señale el Código Penal.

Una de las aspectos de la justicia restaurativa es la búsqueda de la solución pacífica de los conflictos que se originan como consecuencia de la comisión de un delito y su solución a través de un mediador del que se exige su transparencia, honestidad, rectitud y sabiduría para lograr la reconciliación y la tranquilidad de la comunidad; la reparación de los daños sufridos por la víctima, y el reintegro a la comunidad tanto de la víctima como del victimario.

e) La víctima y el imputado, acusado o sentenciado tendrán derecho a consultar a un abogado.

Esta regla debe observarse desde el punto de vista del procesado como de la víctima del delito. Tratándose del acusado o condenado, es una reiteración del artículo 29 de la Constitución Política, el derecho de defensa como un derecho fundamental frente a una acusación de carácter penal. Las actuaciones que el fiscal o juez realizan sin la presencia del procesado y su defensor son sancionadas con su inexistencia porque constituyen violación del debido proceso. Cuando se trata de acudir a algunos de los mecanismos de justicia restaurativa que resulta de beneficio o no para la situación del procesado, la intervención de su defensor es obligatoria su presencia.

En cuanto a la víctima⁸, es claro que la ley 906 de 2004, la víctima está capacitada para intervenir, bien que limitadamente, en el proceso, sea directamente o mediante su representante, abogado designado por la oficina de protección a las víctimas de la Fiscalía General de la Nación, abogado de oficio, o estudiante de Consultorio Jurídico de Universidad debidamente reconocida por el Estado. Hay que

recodar, como se indicó el capítulo anterior, que como esta redactado los derechos de la víctima en CPP, el fiscal en la práctica se constituye en su defensor y que con las nuevas orientaciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional la víctima en considera como un sujeto procesal.

2. PARTICULARIDADES DE LOS MECANISMOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

Los programas restaurativos se caracterizan por cuatro aspectos importantes: encuentros, reparaciones del daño, participación y resocialización. Estas cuatro peculiaridades que orientan los programas restaurativos corresponden a orientaciones que buscan la solución del conflicto penal con la reconciliación, la empatía y las buenas maneras en las partes en conflicto fundamentado en orientaciones religiosas que prenden la curación del mal causado con el perdón y el olvido, pero sin desconocer los derechos de los afectados a la reparación del daño.

En Código de Procedimiento Penal sólo se incluyeron dos mecanismos: la conciliación y la mediación, pero, esta relación no es taxativa, para la justicia reparadora toda forma de resolver pacíficamente la consecuencia de un delito, siempre que en ella participe la víctima, el infractor, la comunidad y en algunos casos un tercero neutral, es considerada mecanismo de justicia reparadora o restaurativa. Formas de solución de conflictos como el arbitraje, amigables componendas, círculos de sentencia, acuerdos etc., que reúnan las siguientes características indicada y el acuerdo se logre como consecuencia o la culminación de un proceso de reuniones, participación en el proceso penal, indemnización, reparaciones, perdones y resocialización llevadas a cabo de mutuo consentimiento, voluntario y libre se puede reconocer que estamos ante una forma de justicia restaurativa.

⁸ Estas garantías de los derechos de las víctimas están contenidos en los Artículos 11 ordinal h) y 137 numerales 3º. y 5º. de la ley 906, entre otros.

Estas particularidades son las siguientes: reuniones entre víctimas, delincuentes y miembros de la comunidad con el propósito de conversar acerca del delito y sus consecuencias en un ambiente sin sometimiento de una parte contra la otra; reconocimiento del pago de los daños causados con el delito; preocupación para lograr de la resocialización de la víctimas y el delincuente a la sociedad y se ofrezca la posibilidad para las víctimas y perjudicados puedan intervenir en el proceso penal. Las vemos en seguida en detalle:

2.1 Reuniones o encuentros entre los involucrados o afectados con el delito⁹

Para la justicia restaurativa los encuentros entre víctima y ofensor son fundamentales como parte del inicio para la solución del problema originado con el delito. Los encuentros generalmente se realizan directamente en una reunión entre ambos, en algunas ocasiones es necesaria la asistencia de un tercero neutral. Las reuniones también pueden efectuarse en forma impersonal mediante el intercambio de comunicaciones, cartas, videos.

Estos encuentros, en la experiencia, logran que cada parte afecta con el delito, cuente sus historias, pida perdón y logre la reconciliación con el contrario. En muchos casos los perjudicados no están interesados en la recuperación de lo perdido en el hurto, sino en conocer la persona del delincuente, que conociendo su situación familiar, de pobreza, falta de educación terminan perdonándolo y retirando la acusación en su contra, por su parte el procesado recibe una oportunidad de ser escuchado ante personas que no hacen parte de los funcionarios encargados de perseguir el delito.

Sin embargo, el encuentro es una dimensión importante en la justicia restaurativa, pero no

es esencial para una respuesta restaurativa, de lo contrario, no habría proceso restaurativo cuando uno de las partes no se lograr localizar o esta no deseara ese encuentro.

Según explica el profesor Daniel Van Ness, director de la confederación Internacional carcelaria, en un encuentro restaurativo se dan de cinco momentos que se relacionan entre sí: tertulia, narrativa, emoción, entendimiento y acuerdo¹⁰. Cada uno de estos elementos contribuye al fortalecimiento del encuentro. Los encuentros que cuentan con los cinco elementos poseen más fuerza para ayudar a ambas partes a avanzar hacia la solución del conflicto.

Tertulia: En las reuniones las víctimas se encuentran con sus propios ofensores. En la mediación la tertulia tiene como intermediario a los representantes de lo intevinientes. Posteriormente de los resultados de este primer encuentro se busca la confrontación cara a cara entre la víctima y el victimario. En los encuentros indirectos la comunicación se da entre los intervinientes a través del medio elegido, como el teléfono, video, cartas etc.

Lo que ocurre durante estos tipos de encuentro implica directamente a la otra parte, a diferencia de lo que ocurre en los procesos judiciales, donde a lo sumo cada una de las partes sólo puede observar la declaración que la otra parte hace ante el fiscal.

Narrativa: las partes hablando van a contar la experiencia en la comisión del delito. Cada uno cuenta su drama con detalles, relata sus pormenores, sus angustias. Relatan como el reato los ha afectado en su vida y cuáles fueron las consecuencias y el daño que se les ha causado. Es un momento donde las partes escuchan atentamente la situación del otro.

⁹ MOORE, David, Evaluación de los procesos de Reuniones de restauración con Familias, editado por David Biles y Sandra McKillop. 1983. p. 222

¹⁰ VAN NESS, Daniel y Karen Heetderks Strong. Restoring Justice. 2^{da} Edición, Cincinnati: Anderson Publishing. 1988, p. 56.

Emoción: Los intervinientes en sus relatos se desahogan. La narrativa permite a los participantes expresar y abordar sus emociones. El delito puede producir respuestas emocionales poderosas que obstruyen la más desapasionada búsqueda de la justicia a que los tribunales aspiran. El hecho que la víctima e infractor en una posición de igualdad describan su tragedia tiene un efecto psicológico sanador para los dos. Para este momento los mediadores deben preparar a los participantes y establecer las reglas básicas. Como resultado, el delito y sus consecuencias son abordados no sólo racional, sino también emocionalmente.

Entendimiento: El encuentro, la narrativa y la emoción conducen al entendimiento. En este contexto de emociones compartidas, víctima y delincuente logran una cierta empatía. Puede que esto no haga que la víctima posea sentimientos particularmente positivos con respecto al delincuente, pero hace que este último se vea más normal, menos malévolο¹¹. Del mismo modo, cuando el delincuente escucha la historia de la víctima, humaniza a ésta y, además, puede cambiar su actitud con respecto a su conducta delictiva.

Acuerdo: Logrado el entendimiento es posible empezar un acercamiento de los puntos para llegar al acuerdo buscado. Los programas de encuentro buscan una resolución que satisfaga a las partes. Por consiguiente, el encuentro abre la posibilidad de esbozar el contexto del acta de acuerdo donde van a estar contenido los intereses de las partes y la manera como se va a solucionar el conflicto. Conseguido el entendimiento, que a esta altura habrán empatía y comprensión y mediante la cooperación conjunta y negociada se encontrara la afinidad de intereses de víctima y delincuente.

¿La combinación de estos elementos (encuentro, narrativa, emoción, entendimiento y acuerdo)

¹¹ Moore, *Op. cit.* p. 224.

produce la reconciliación? No necesariamente. Pero incrementan la capacidad de las partes de verse el uno al otro como personas, de respetarse, de identificarse con las experiencias del otro y de llegar a un acuerdo. En otras palabras, hay un movimiento hacia la reconciliación¹².

2.2 Reparación del daño mediante el reconocimiento y pago de las indemnizaciones

La reparación comprende cuatro elementos o facetas: perdones, no repetir la conducta, restitución y generosidad¹³. El CPP sobre este punto presenta como formas de en que con los mecanismos de justicia restaurativa se puede alcanzar la indemnización: reparando el daño, restitución de la cosa en los delitos contra la propiedad o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón¹⁴. Víctima y delincuente son quienes deciden la manera en que se van a indemnizar o reparar el daño causado como consecuencia del delito.

¹² CLAASSEN, Ron y ZEHR, Howard. Organización de un VORP: Cimientos en la Iglesia (Elkhart, IN: Comité Central Menonita de los Estados Unidos. Agencia de Justicia Penal, 1989. p. 5. Hostilidad y reconciliación deben ser vistas como polos opuestos en un continuo. Usualmente, el delito involucra sentimientos de hostilidad tanto para la víctima como para el delincuente. Si no se satisfacen las necesidades de víctima y delincuente y no se aborda la relación entre ambos, es probable que la hostilidad continúe o empeore. Sin embargo, si las necesidades de víctima y delincuente son abordadas, puede que la relación se mueva hacia el polo de la reconciliación.

¹³ VAN NESS, Daniel y HEETDERKS STRONG. Karen. Restoring Justice. 2^{da} Ed. Cincinnati: Anderson Publishing). 1988, p.65.

¹⁴ El Art. 523 del nuevo sistema acusatorio en su inciso segundo dispone: La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón.

Este es el motivo por el que los encuentros restaurativos son importantes.

La justicia restaurativa intenta que la reparación sea efectiva en el tiempo que las partes acuerden. 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.

El perdón puede ser oral o escrito. Las tres partes del perdón son: reconocimiento, emoción y vulnerabilidad.

Con el reconocimiento, el delincuente acepta su responsabilidad y culpabilidad por lesionar o damnificar a la víctima con su comportamiento ilícito. El infractor reconoce y acepta que su conducta causó un daño a otra persona.

La emoción va más allá del reconocimiento de la culpa, llega al remordimiento o vergüenza por parte del delincuente por lo que ha hecho. El arrepentimiento puede expresarse en palabras o mediante el lenguaje corporal. Observar al delincuente expresar su arrepentimiento puede ser sanador para la víctima.

Vulnerabilidad tiene que ver con un cambio en la posición de poder entre víctima y delincuente. Una de las realidades del delito es que el ofensor ha afirmado su control sobre la víctima a fin de cometer el delito. Al disculparse, el delincuente entrega ese control a la víctima, quien puede decidir si acepta o no la disculpa. El delincuente no tiene modo de saber qué hará la víctima antes de ofrecer sus disculpas. Al ofrecer sus disculpas, el delincuente cede el control y el poder sobre sí misma a la víctima.

Cambio en la conducta o abstención de determinado comportamiento: En el nivel más básico, el cambio en la conducta por parte del delincuente significa que éste no cometa delitos, o

deja de realizar la conducta que afecta a la víctima. Esta es la razón por la que los acuerdos negociados incluyen elementos tales como el cambio del entorno del delincuente, ayudarlo a aprender a tener un nuevo comportamiento y recompensar los cambios positivos.

Cuando se trata de menores, o delincuentes adultos que por primera vez cometan un delito, se les crea el compromiso de que acudan a una escuela y que no concurran a los lugares que solía frecuentar, o se le vincula, si es del caso, a programas para el tratamiento de adicción a drogas, clases para el control del enojo y programas educativos y de capacitación laboral son modos de que los delincuentes aprendan nuevas conductas.

Generosidad. El delincuente puede ofrecerse a realizar servicios que no se encuentran relacionados con la víctima o con el delito cometido, pero que son considerados por la víctima como muestra de una sincera disculpa. Por ejemplo, el delincuente puede estar de acuerdo en realizar servicio comunitario en el organismo que la víctima elija.

La restitución puede hacerse devolviendo o reemplazando la propiedad, con un pago monetario, o brindando servicios directos a la víctima.

La restitución debe pagarse primero a quienes sufrieron un daño directo con el delito cometido, incluyendo a los miembros de las familias de víctimas de delito. Si el servicio comunitario es ordenado o acordado como modo de “saldar la deuda con la sociedad”, en lugar de que el delincuente se haya ofrecido voluntariamente a hacerlo como muestra de su generosidad, es importante establecer un claro vínculo entre el delito y el servicio comunitario que el delincuente realizará. Idealmente, tendrá una conexión directa con las necesidades e intereses de la víctima.

2.3 Resocialización

Con el delito tanto víctima como delincuente son estigmatizados. Por lo tanto, la justicia restaurativa da gran valor a la reintegración de víctima y delincuente. La meta es que los afectados vuelvan a la comunidad a la sociedad, sin ser marginados o etiquetados como consecuencia del hecho punible realizado por el procesado y sufrido por el ofendido.

Con la comisión de un delito tanto el delincuente como la víctima resultan estigmatizados, etiquetados y marginados por la sociedad. La víctima es considerada la perdedora, a veces solo inspira lástima y pesar, para algunos 'algo hizo para que la hiciera lo que le pasó', otros estimarán que estará expiendo un pecado con el daño que le hicieron como castigo divino, al punto es la víctima incomprendida, es para quienes los rodean, incómodos recordatorios de que el delito puede afectar a cualquiera. Esto separa a la víctima de sus seres queridos y miembros de la comunidad y puede conducir aún más a su marginación.

En cuanto al delincuente, sufren el peor desprecio y estigmatización por la sociedad que en adelante lo marginará y espera en el futuro que vuelva a delinquir. Como el delito genera miedo en la comunidad, los criminales se vuelven, para la sociedad, seres peligros a los que hay que evitar y la mejor forma es tenerlos en prisión aislado. En consecuencia el encarcelamiento los separa de su familia y comunidad. De la prisión sale el delincuente, sobre en ilícitos de poca importancia o gravedad que da lugar apenas cortas, salen con todo el rencor y odio contra la colectividad y con un sentido de venganza y más dispuestos y aprendidos para seguir delinquiendo. Con frecuencia, posteriormente a la liberación, los delincuentes no poseen estructuras de apoyo estables, ni dinero inicial para alimento y ropa, vivienda, transporte, y demás elementos de una vida productiva y útil lo que hace que sigan la

carrera criminal como única fuente de recursos económicos para subsistir.

La reintegración ocurre cuando víctima y delincuente logran convertirse en miembros activos y productivos de sus comunidades. A fin de lograr esto, deben encontrar comunidades con los grupos religiosos, entidades altruistas, comunidades de fe que quieran ayudarlas a salir de ese drama que vive tanto la víctima como el delincuente.

Dentro de estas organizaciones, algunas no gubernamentales, se encuentra los llamados Grupos de Apoyo, estas organizaciones de grupos de apoyo a víctimas y delincuentes, los participantes comprenden las dificultades que los otros enfrentan debido a que ellos ya han pasado por eso. Cuando el individuo siente que quienes lo rodean no lo comprenden (incluso su propia familia), establece fuertes vínculos con el grupo debido a las experiencias que tienen en común. Estas experiencias compartidas ayudan a desarrollar respeto, compromiso y comprensión.

- **Círculos de Apoyo:** Si bien los grupos de apoyo ayudan al desarrollo de la autoestima y generan respuestas más positivas frente a la vida, son limitados en cuanto a las relaciones que se generan¹⁵.
- **Comunidades de Fe:** Estas comunidades se encuentran presentes en prácticamente todos los lugares. Muchos son alentados por sus creencias y tradiciones a ayudar a satisfacer las necesidades de sus comunidades. Muchos

¹⁵ El Comité Central Menonita en Ontario, Canadá, ha organizado Círculos de Apoyo para ex delincuentes que necesitan más de lo que puede llegar a ofrecer un grupo de apoyo. Este programa funciona con voluntarios que trabajan junto a la policía, grupos comunitarios, y tratamiento profesional para abordar las necesidades de quienes cometieron delitos sexuales serios, cuando éstos son liberados de prisión. El programa reduce la reincidencia, ayuda a la transición del delincuente hacia la comunidad, y trata los temores de la comunidad.

poseen los recursos y presencia necesarios para brindar muchos servicios¹⁶.

Cuando los grupos de apoyo, grupos comunitarios, comunidades de fe y otras comunidades ofrecen amistad, ayuda material y dirección espiritual o moral, están ofreciendo a víctima y delincuente la oportunidad de abandonar las sombras y reingresar a la comunidad como miembros que contribuyen a ésta.

2.4 Participación en el proceso penal

Los procesos de la justicia restaurativa son forma alternativas de solución del conflicto penal con participación activa de partes involucradas: víctimas, delincuentes y miembros de la comunidad.

La aportación total de todas las partes se logra: invitando a todas las partes interesadas a participar, considerando los intereses de todos los intervenientes y siendo lo suficientemente considerado y dúctil para retomar y escuchar nuevas propuestas en el transcurso de las conversaciones o en la reuniones tendientes a solucionar el problema penal.

Estas nuevas consideraciones propias de la justicia restaurativa, de acuerdo a la victimología, se plantean pensado en la víctima, como sujeto procesal olvidada por el proceso criminal que solo se ocupa y le interesa el delincuente quien goza de todas las garantías para su juzgamiento.

Con las nuevas tendencias procesales de reconocer los derechos de las víctimas en el proceso penal de justicia retributiva, se dan formas para

que la víctima pueda participar en el proceso penal. Estos son:

A) Derecho a ser informadas: las víctimas deben ser informadas acerca de sus derechos y servicios, que en primer lugar los investigadores, posteriormente los fiscales puedan facilitarles a los afectados.

Esta forma de participación quedó establecida en el nuevo sistema acusatorio, y es así, como el legislador en forma amplia impuso la obligación a la policía judicial y la Fiscalía General de la Nación¹⁷ que a quien demuestre sumariamente su calidad de víctima, le suministrarán información sobre:

1. Organizaciones a las que puede dirigirse para obtener apoyo.
2. El tipo de apoyo o de servicios que puede recibir.
3. El lugar y el modo de presentar una denuncia o una querella.
4. Las actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto de aquellas.
5. El modo y las condiciones en que puede pedir protección.
6. Las condiciones en que de modo gratuito puede acceder a asesoría o asistencia jurídica, asistencia o asesoría sicológicas u otro tipo de asesoría.
7. Los requisitos para acceder a una indemnización.
8. Los mecanismos de defensa que puede utilizar.
9. El trámite dado a su denuncia o querella.
10. Los elementos pertinentes que le permitan, en caso de acusación o preclusión, seguir el desarrollo de la actuación.
11. La posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad y a ser escuchada tanto por

¹⁶ Por ejemplo: la Cristiandad muestra muchísimas tradiciones y ejemplos de asistencia a quienes sufren necesidades. La historia del Buen Samaritano alienta a la iglesia a ayudar a quienes son víctimas del delito. El acto de perdón y aceptación de Jesús para con el ladrón en la cruz es un ejemplo de la aceptación en la comunidad de los delincuentes arrepentidos.

¹⁷ Artículo 136. Derecho a recibir información de la ley 906 de 2004

- la Fiscalía como por el juez de control de garantías, cuando haya lugar a ello.
12. La fecha y el lugar del juicio oral.
 13. El derecho que le asiste a promover el incidente de reparación integral.
 14. La fecha en que tendrá lugar la audiencia de dosificación de la pena y sentencia,
 15. y sobre la sentencia del juez.

Además, se le determina al fiscal que, en caso de existir un riesgo para las víctimas que participen en la actuación, se adoptará las medidas necesarias para garantizar su vida e integridad para ello debe comunicarle sobre la puesta en libertad de la persona inculpada.

Así, El Estado colombiano garantiza el acceso de las víctimas a la administración de justicia y para ello impone que las víctimas tendrán derecho 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 víctimas¹⁸;

B) Presencia en el Tribunal: Muchas víctimas y sobrevivientes quieren observar los procesos de justicia penal. Sin embargo, esto no es siempre permitido debido a que existe el temor de que la declaración judicial que deben ofrecer se vea influida por lo que los otros testigos hayan dicho. Algunas jurisdicciones permiten a la víctima observar el juicio después de haber dado testimonio. En otras, se permite a la víctima concurrir durante todo el proceso, a menos que pueda mostrarse que esto pondría en riesgo el derecho del acusado a un juicio justo.

C) Declaraciones de Impacto de la Víctima: Muchas jurisdicciones permiten a las

víctimas hacer una declaración durante la fase de sentencia. Pueden ofrecer testimonio acerca del daño físico, mental, emocional, social, y/o económico causado por el delito. En algunos lugares pueden comentar qué tipo de sentencia creen que debe recibir el acusado.

D) Reconocimiento de intereses legales: En general, la víctima no posee reconocimiento de intereses legales en los procesos judiciales. Si el valor restaurativo de las reparaciones fuera considerado seriamente, la víctima podría poseer el derecho legal a demandar a fin de obtener una restitución durante la acción penal.

E) Participación de la víctima en el proceso penal. En el sistema procesal anterior¹⁹ la víctima, si bien, podía intervenir en la investigación y el juzgamiento a través de su abogado interponiendo una demanda civil, sino no contaba para sufragar los gastos de un profesional en derecho, solo le queda presentarle al fiscal peticiones respetuosas para que le informaran sobre su causa. Es decir, el ofendido era visto como un extraño en el proceso, a quien se le considera que buscaba un interés particular de carácter patrimonial, que bien podía acudir para ello a la jurisdicción civil, en vez de la penal. La víctima se encontraba en un abandono de sus derechos y en no pocas ocasiones los investigadores y los fiscales los miraban con desconfianza en la valoración de su testimonio.

La Ley 906 de 2004, da una amplia participación a la víctima en el reconocimiento de su derechos y en la participación como sujeto procesal penal, al punto que podemos decir, que en Colombia el defensor de la víctima es el fiscal.

Entre las formas de participación en proceso se tienen:

¹⁸ Artículo 11. inciso e) Derechos de las víctimas del CPP

¹⁹ Ley 600 de 2000 sistema conocido como inquisitivo.

- En la conciliación preprocesal, como uno de los mecanismo de justicia restaurativa.
- En la etapa de la investigación preliminar.
- Audiencia de acusación.
- En las negociaciones tendientes a terminar anticipadamente el proceso para la declaración de culpabilidad negociada entre fiscal y acusado.
- Aplicación del principio de oportunidad.
- En la audiencia del juicio oral.
- Incidente de reparación integral.
- En la audiencia para la determinar la pena al condenado.

Como se observa, la nueva legislación le da a la víctima una gran oportunidad de actuar en la investigación y el juzgamiento del infractor, además, de participar en la solución negociada del conflicto penal, sin que por ello se vean afectada las garantías fundamentales del procesado, porque no hay peor víctima que un inocente acusado penalmente.

CONCLUSIONES

La justicia restaurativa 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 reconoce 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 transgrede 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 buscando 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.

Las medidas de justicia restaurativa, incluida conciliación y la mediación, ya se aplican en las etapas iniciales de la investigación en un cierto número de países, permitiéndose la reparación de los daños y el pago de indemnización a la víctima antes del juicio. A tal fin, en los casos apropiados los oficiales de policía pueden iniciar la aplicación de medidas de reconciliación entre la víctima y el delincuente.

Al aplicar medidas de justicia restaurativa, es esencial asegurar el equilibrio adecuado entre las necesidades y los intereses de la víctima y los derechos del delincuente. Dado que las medidas de justicia restaurativa pueden ayudar a superar algunos de los problemas relacionados con el encarcelamiento, su mayor utilización se debería promover a nivel nacional. A los niveles internacional y regional, se debería proporcionar información sobre medidas no punitivas y sin privación de libertad a fin de elevar su aceptabilidad por la sociedad, incluido el personal del sistema de justicia penal, ya que dichas medidas pueden constituir en muchos casos una respuesta suficiente a la delincuencia.

La aplicación de medidas de justicia restaurativa, particularmente en casos de delincuencia de menores, requiere que los oficiales de policía proporcionen información completa sobre esas medidas y programas tanto a la víctima como al delincuente en una etapa temprana de las actuaciones. Las medidas de justicia restitutiva no se limitan sólo a los delitos menores. La restitución y la reconciliación entre la víctima y el delincuente se consideran factores importantes para el restablecimiento de la paz social cuando se trata de delitos violentos.

Se debe destacar la responsabilidad de la comunidad en la solución de conflictos relacionados con el delito. Aunque se deben reforzar los criterios de derechos civil concebidos para asegurar la justicia, reparar el daño y proporcionar restitución o compensación a la víctima,

la resolución de conflictos no debe convertirse en un negocio privado sino, más bien, debe realizarse en el contexto de alternativas a los procedimientos judiciales ordinarios. Esa desviación del sistema formal hacia la mediación y otros programas basados en la comunidad puede resultar útil y apropiada.

Cuando aplican medidas de justicia reparadora, el mediador asegura el respeto del imperio de la ley (incluido el principio de la proporcionalidad), así como la protección de los derechos del delincuente y los intereses de la víctima, teniendo presente que los dos no son mutuamente excluyentes: la protección de la víctima no necesariamente resulta en restricciones de los derechos del delincuente. Tanto la víctima como el delincuente deben tener acceso, entre otras cosas, a servicios gratuitos de interpretación, atención médica y, si procede, asistencia jurídica. Algunos países han tomado recientemente medidas para fortalecer la justicia restitutiva en zonas rurales y urbanas, incluido el mejoramiento del profesionalismo en la solución de conflictos, tanto dentro como fuera de los sistemas de justicia penal.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO RIMO, Alberto. Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido. Editorial Tirant lo Banch. Valencia, 2002.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio. Criminología y Victimología. Alternativas Re-creadoras al Delito. Leyer, Bogotá, 1998.

_____ Criminología, Victimología y Cárcel. 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 Banch. 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 DÍAZ, 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. 4^a Edición. Barcelona, 1996.