

Becerra, Dayana

LA CONCILIACIÓN PREPROCESAL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y SUS PRINCIPALES
APORTES

Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XII, núm. 24, julio-diciembre, 2009, pp. 169-187
Universidad Militar Nueva Granada
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87617269012>

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

LA CONCILIACIÓN PREPROCESAL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y SUS PRINCIPALES APORTES*

Dayana Becerra **

Universidad Militar Nueva Granada

Fecha de recepción: 16 de octubre de 2009

Fecha de aprobación: 15 de noviembre de 2009

Resumen

La aproximación que se efectúa en el presente estudio, inicia con un acercamiento al concepto de conciliación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, estableciendo los rasgos generales de esta figura; para posteriormente analizar el antecedente inmediato de la conciliación preprocesal en la ley 600 de 2.000, que abrió camino para concederle en materia penal a este mecanismo mayor importancia.

Subsiguientemente se profundiza en la conciliación preprocesal consagrada expresamente en la ley 906 de 2004, y se analizan los cambios generados, para así conocer sus características, y determinar sus principales aportes, en el marco del sistema penal acusatorio.

* El presente escrito es el resultado de la investigación titulada: La conciliación preprocesal en el nuevo sistema acusatorio como alternativa de justicia en los delitos de poca gravedad. Línea de investigación: Derecho penal perteneciente al Grupo de Derecho Público de la Universidad Militar Nueva Granada (Categoría B Colciencias 2009 – 2010).

** Joven investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada en Convenio con Colciencias, en la línea de investigación Derecho penal, perteneciente al Grupo Derecho Público, Categoría B Colciencias 2009 – 2010. Abogada Magna Cum Laude de la Universidad Militar Nueva Granada. Dirección: Carrera 11 N° 101-80. Commutador: 2757300 Ext. 262. Bogotá D.C. Correo electrónico: dayana.becerra@unimilitar.edu.co.

Palabras clave

Conciliación, sistema acusatorio, delitos querellables, justicia restaurativa, derecho de acceso a la justicia

THE RECONCILIATION IN PRETRIAL ADVERSARIAL CRIMINAL JUSTICE SYSTEM AND ITS MAIN CONTRIBUTIONS

Abstract

The approximation is made in this study begins with an approach to the concept of conciliation as an alternative dispute resolution, establishing the general features of this figure, to analyze further the immediate predecessor of the pretrial settlement in Law 600 of 2000 , which paved the way for grant in prison for this most important mechanism.

Subsequently deepens in pretrial settlement expressly enshrined in the law 906 of 2004, and discusses the changes brought about, trying to get their characteristics, and determine its main contributions, under the adversarial criminal justice system.

Key words

Conciliation adversarial system, criminal complaints, restorative justice, right of access to justice

INTRODUCCIÓN

El presente artículo surge de la investigación denominada “La conciliación preprocesal en el nuevo sistema acusatorio como alternativa de justicia en los delitos de poca gravedad”, cuyo problema de investigación se concreta así: ¿Cuáles son los principales aportes de la conciliación preprocesal, en el sistema penal acusatorio?

Para solucionar el interrogante planteado, se ha utilizado el método de análisis y síntesis, porque en primer lugar se realiza un análisis lógico mediante la descomposición mental del objeto investigado de la conciliación preprocesal en el sistema acusatorio, de sus partes componentes y por ese camino se busca la obtención de nuevos conocimientos, lo cual permite descubrir la estructura y elementos más simples de la figura preprocesal investigada, en segundo lugar se procede a conformar un todo íntegro con las partes delimitadas por medio del análisis, pasando de lo general a lo singular, completando así el análisis y conformando una unidad que permitirá concluir si efectivamente la conciliación preprocesal en el sistema acusatorio ha realizado aportes significativos en el ámbito procedural.

La importancia del tema propuesto en esta investigación radica en que la conciliación preprocesal como herramienta de administrar justicia en el sistema acusatorio, va tener un protagonismo fundamental en la solución del conflicto penal que surge con la comisión de un delito de poca gravedad o querellable, por lo cual esta investigación es en primer lugar necesaria al comprobar si la conciliación ha realizado aportes significativos, en el ámbito procedural, y en segundo lugar es útil al establecer qué ventajas ofrece a las partes acudir a esta nueva figura del derecho penal, en la medida que posea carácter restaurador y garantice el acceso a la justicia, por lo cual se aporta al conocimiento en el área del derecho penal y procesal, herramientas no solo de conocimiento sino de utilidad práctica para las partes involucradas en un conflicto, abogados y operadores judiciales, que decidan acudir a este mecanismo alternativo de solución de conflictos en el marco del sistema penal acusatorio.

El objetivo fundamental para dar solución a la problemática planteada consiste en determinar si la conciliación preprocesal en el sistema

acusatorio, ha realizado aportes novedosos al derecho procesal penal. Como objetivos específicos se plantea en primer lugar conocer el concepto de conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, en segundo lugar estudiar el antecedente inmediato de la conciliación preprocesal, en tercer lugar analizar la conciliación en el marco del sistema penal acusatorio, para finalmente establecer si las características de esta figura, constituyen aportes importantes para el derecho procesal penal, en la medida que puede contribuir a la implementación de un nuevo esquema de justicia de tipo restaurativo y a garantizar el tradicional principio de derecho procesal de acceso a la justicia.

La presente investigación posee como hipótesis: La conciliación preprocesal en el sistema penal acusatorio, generó importantes aportes al derecho penal, al implementar la justicia restaurativa y garantizar el derecho de acceso a la justicia.

ACERCAMIENTO A LA CONCILIACIÓN:

La conciliación es un sistema de solución de controversias tan antiguo para la humanidad, como lo es el conflicto, ya que desde sus orígenes el hombre ha tenido desacuerdos con sus semejantes, pero como ser social ha trascendido del conflicto, y ha buscado solución a él de forma voluntaria y directa entre las partes en pugna, mediante la intervención de terceros neutrales, a los cuales podemos denominar conciliadores. Esta concepción de conflicto – conciliación es intrínseca y característica de cualquier forma moderna procesal o extraprocesal de solución de conflictos.

La conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, en el Estado moderno, debe entenderse como “una institución en virtud de la cual se persigue un interés público,

mediante la solución negociada del conflicto jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal, perteneciente a la rama judicial, la administración, y excepcionalmente de particulares¹, por lo que es de destacar que un mecanismo consustancial al hombre haya evolucionado y brinde la posibilidad de remediar conflictos, de acuerdo a las modernas formas de organización.

En Colombia la conciliación penal ha sido tratada mediante una regulación especial, diferente a la establecida para las demás materias litigiosas², al respecto la Corte Constitucional a dicho que “la conciliación en materia penal no hace parte del ámbito de regulación de las leyes 23 de 1991, 446 de 1998 y 640 de 2001 sino de legislación especial”³, por lo que en el presente estudio se analizará la conciliación en el ámbito penal, y en primera medida se estudiará el antecedente de la conciliación preprocesal en el sistema penal acusatorio, para luego estudiar este nuevo mecanismo de resolución de conflictos y finalmente establecer cuales han sido sus principales aportes a la legislación penal.

LA CONCILIACIÓN PREPROCESAL PREVIA AL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

El antecedente inmediato de la conciliación preprocesal del sistema penal acusatorio es la Ley 600 de 2000, la cual consagra en su artículo 41, lo referente a la conciliación penal para

¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-160/99. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

² Ver: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-160/99. M.P. Antonio Barrera Carbonell. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-652/97. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-893/01. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-204/03. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-1257/01. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

“aquelllos delitos que admitan desistimiento o indemnización integral”, lo que implica la procedencia de este mecanismo alternativo, en primer lugar para los delitos señalados como querellables⁴, en el artículo 35 del estatuto procesal penal y en segundo lugar para los delitos señalados en el artículo 42, es decir el “homicidio culposo y lesiones personales culposas cuando no concurra alguna de las circunstancias de agravación punitiva, en los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, en los delitos contra los derechos de autor y en los procesos por los delitos contra el patrimonio económico”, con la finalidad de que el sindicado repare integralmente el daño ocasionado y extinga la acción penal.

Aunque la Ley 600 de 2000, no distingue entre conciliación preprocesal, procesal, y extraprocesal, es claro que la primera se puede intentar, por parte del funcionario en la resolución de apertura de instrucción, la segunda se puede intentar a solicitud de los sujetos procesales⁵, ante el funcionario instructor o el juez de conocimiento en “cualquier tiempo antes de proferirse la sentencia de primera instancia”⁶, y

⁴ Los delitos querellables son aquellos en los que por “su naturaleza jurídica exige que sea el sujeto pasivo quien determina si dispone o no de la acción penal, por lo que no puede ser suplantado por el ente Estatal”. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-425/08. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁵ El Código de Procedimiento Penal utiliza la expresión de sujetos procesales como sinónimo de partes, muchos expositores critican la utilización del término “partes” en el proceso penal, pues este concepto se refiere a la persona o grupo de personas que defienden un determinado interés en el proceso y que implica lógicamente un enfrentamiento (...) el termino partes puede tener una significación o contenido distintos en el procedimiento civil y en el procedimiento penal (...) en el procedimiento penal debe entenderse como un conjunto de personas que legalmente pueden intervenir en el proceso y participar activamente en el, razón por la que la ley les fija derechos y obligaciones. MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Procedimiento Penal Colombiano. 12^a ed. Bogotá: Temis, 2002, p. 172.

⁶ FLOREZ GACHARNA, Jorge. La eficacia de la conciliación. Bogotá: Librería ediciones del profesional, 2004, p.130.

la tercera puede identificarse como aquella que se realiza “ante los centros de conciliación oficialmente reconocidos o ante un juez de paz”⁷, la cual también deberá realizarse previamente a que el juez de primera instancia dicte sentencia⁸. No obstante tratándose de cualquiera de las anteriores clases de conciliación, deberá aportarse prueba de la misma con el fin de que el juez o el fiscal dicten resolución inhibitoria, preclusión de la instrucción o cesación del procedimiento, de acuerdo a la etapa procesal en la que se logró el acuerdo.

Del mismo modo la Ley 600 de 2000, en el examinado artículo 41, establece que si se ha logrado un acuerdo, se podrá suspender la actuación para que el juez o fiscal, dependiendo quien adelante la etapa procesal correspondiente, puedan verificar su cumplimiento, dicha suspensión podrá ser “hasta por un término máximo de sesenta días” sin que se admita prórroga. En caso que se dé cumplimiento a lo acordado se terminará el proceso ya sea mediante resolución inhibitoria⁹, preclusión de la instrucción¹⁰ ante el fiscal o cesación de

⁷ *Ibid.*, p. 131.

⁸ “Las actuaciones de la vinculada en orden a reparar de manera efectiva e integral (...) se realizaron en la etapa del juicio, por lo cual devienen oportunas, pues como ha decantado la Sala, ellas pueden adelantarse hasta antes de que se profiera el fallo de casación”. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA CASACION PENAL. SENTENCIA 26831/2008. M. P. María del Rosario González.

⁹ En la etapa de indagación previa es factible emitir una providencia interlocutoria que pone fin a dicha etapa e impide dar comienzo al proceso desde el punto de vista formal, esta resolución se denomina inhibitoria. BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNELL, Eduardo. El proceso Penal. 4^a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 159.

¹⁰ La preclusión de la instrucción o preclusión de la investigación “es una decisión de fondo (...) que tiene la fuerza vinculante de la cosa juzgada y puede ser adoptada en cualquiera de las etapas procesales por el funcionario a quien le este atribuida la competencia (...) es procedente desde la apertura formal del proceso hasta antes de calificar el mérito del sumario” *Ibid.*, p. 505.

procedimiento¹¹ ante el juez de conocimiento, y en caso en que no se verifique el cumplimiento se continuará con el proceso en el estado en que se encuentre.

En el marco de la Ley 600 de 2000, se puede entender la conciliación preprocesal como aquella que intenta el fiscal con anterioridad a dictar la resolución que abre la instrucción¹², con la finalidad de solucionar el conflicto y así evitar el inicio de la persecución penal, la cual “no opera respecto de cualquier delito o en cuanto sólo comporta intereses patrimoniales, sino exclusivamente en relación con aquellos punibles que admiten la figura del desistimiento o de la reparación integral, orientada eso sí a conseguir la terminación del proceso por extinción de la acción penal”¹³, siempre y cuando se efectué en la etapa previa al proceso.

Vale la pena resaltar que opera como requisito de eficacia de la conciliación que “dentro de los cinco años anteriores no se haya proferido en otro proceso preclusión de la investigación o cesación de procedimiento en su favor por el mismo motivo”¹⁴, a lo cual se le debe dar sentido, en el entendido que la facultad de conciliar no le permita al procesado delinquir de forma constante y voluntaria sin que su conducta no sea sancionada, toda vez que puede acudir y lograr una conciliación con miras a no ser castigado.

¹¹ La cesación de procedimiento ocurre “cuando las causales para precluir la investigación se invocan en la etapa de juzgamiento” *Ibid.*, p. 507.

¹² La resolución de apertura de instrucción constituye la iniciación de la investigación y su existencia depende del convencimiento que tenga el funcionario judicial sobre la posible comisión de un hecho punible. *Ibid.*, p. 158.

¹³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. SENTENCIA 22758/05. M.P. Marina Pulido de Barón.

¹⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. SENTENCIA 26581/07. M.P. Jorge Luís Quintero Milanes.

Pese a que la honorable Corte Suprema de Justicia, en la citada sentencia 26581 de 2007, menciona los requisitos que debe cumplir una conciliación procesal, dichas exigencias se hacen extensivas a la conciliación preprocesal, pues este último ámbito escapa al conocimiento de la Corte, por lo cual en toda conciliación se debe verificar que el “delito objeto del proceso sea de aquellos que pueden ser conciliables”, en segundo lugar se examina “que no le fuera deducida alguna circunstancia específica de agravación punitiva” de las contenidas en el artículo 121 del Código Penal, en tercer lugar que entre víctima y victimario hubiera “mediado acuerdo respecto del monto de la indemnización de perjuicios, declarando el perjudicado haber recibido a satisfacción”, en cuarto lugar se observa “que el procesado (...) no aparezca en registro alguno sobre órdenes de captura, medidas de aseguramiento, preclusiones, cesaciones por indemnización integral y sentencias condenatorias ejecutoriadas”, finalmente se tuvo en cuenta “la petición elevada tanto por el procesado como por el perjudicado” y la Sala procedió a declarar la extinción de la acción penal y en consecuencia, cesó el procedimiento.

No obstante lo anterior el máximo tribunal de Casación penal, en pronunciamiento posterior, y cuyos hechos ocurrieron previamente a la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004, establece expresamente que se debe verificar que la sentencia condenatoria “no cobró ejecutoria al ser recurrida en casación, y dado que al momento de la petición el asunto se encontraba en el respectivo trámite, sin que aún la Corporación haya resuelto de fondo la impugnación extraordinaria [porque] se trata de una causal objetiva que de encontrarse acreditada imposibilitaría continuar el trámite procesal”¹⁵.

¹⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. SENTENCIA 26999/07. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

La imperiosa necesidad de que la sentencia no se encuentre en firme corresponde a lo establecido en el artículo 41 del Estatuto procesal penal de 2000, que preceptúa que el “funcionario judicial aprobará las conciliaciones” solo “hasta antes de proferirse sentencia de primera instancia”, y en el asunto examinado por la Corte, esta no se entiende proferida hasta cuando quede ejecutoriada, lo cual no ocurrió porque fue recurrida en casación, por lo que el honorable tribunal también ha expresado que la “extinción de la acción penal (...), es un acto de parte cuya manifestación depende de la propia voluntad del procesado y no de hechos externos o ajenos a él, como ocurre con la muerte o la prescripción, por lo tanto, esa declaración debe presentarse antes del fallo de casación”¹⁶

En este orden de ideas la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, profirió auto unificando su jurisprudencia en torno a las exigencias para que sea efectiva una conciliación, en cualquier etapa procesal las cuales se expresan en los siguientes términos:

- a) Que el delito respectivo corresponda a uno de los allí relacionados;
- b) Que se haya reparado integralmente el daño ocasionado de conformidad con el dictamen pericial, a menos que medie acuerdo sobre su valor;
- c) Que dentro de los cinco años anteriores no se haya proferido en otro proceso preclusión de la investigación o cesación de procedimiento a favor del procesado por el mismo motivo;
- d) Que la reparación tenga lugar antes del fallo de casación¹⁷.

¹⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. AUTO 9660/98. M. P. Carlos Eduardo Mejía.

¹⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. AUTO 23323/07. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

Lo anterior induce a creer que para la prosperidad de la conciliación, en el ámbito procedural se deben observar únicamente los anteriores requisitos, pero vale la pena advertir que se hace imperiosa la observancia de la sentencia de la Corte Constitucional C-760 de 2001, que declaró inexequible la exigencia de la presencia de los apoderados de las partes como requisito indispensable para celebrar audiencias de conciliación, motivada en que su trámite ante el Congreso de la República está viciado, ya que en dichos apartes se “adiccionaron o modificaron el proyecto conocido, introduciéndole cambios constitucionalmente significativos (...) y su aprobación se efectuó de manera irregular y en contravía de las normas pertinentes de la Constitución que establecen el trámite de las leyes ante el Congreso”¹⁸, no obstante la declaratoria de inconstitucionalidad de tal disposición, posteriormente fue demandada por considerarse para la actora “una formalidad irrazonable (...) toda vez que impide en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, disponer libremente de derechos de contenido económico y patrimonial, cuyo ejercicio compete exclusivamente al titular de los mismos”¹⁹; demanda que sin duda habría ameritado un pronunciamiento de fondo respecto de los derechos de los cuales disponen los sujetos procesales y el papel del apoderado en el trámite conciliatorio, pero la Corte se abstuvo de examinar porque el pronunciamiento anterior hizo transito a cosa juzgada constitucional impidiéndole pronunciarse respecto de la norma previamente declarada inexequible.

Partiendo de lo anterior se puede observar, como aspecto de gran trascendencia y determinación para que la conciliación consagrada

en el Código de Procedimiento Penal de 2000, sea efectiva, que víctima y victimario, o procesado y perjudicado, son quienes intervienen directamente con miras a lograr un acuerdo, lo que implementa de manera precaria “un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario”²⁰, contribuyendo a que la comunidad inicie con la familiarización de mecanismos de justicia restaurativa que con el sistema penal acusatorio Colombiano, incrementa su presencia, tales como la sustitución de la adversariedad entre representados y representantes.

Lo que de contera denota, es que aunque la ley 600 de 2000 no clasifica de manera expresa la conciliación preprocesal, sí abre camino para que la Ley 906 de 2004, la constituya en un mecanismo de justicia restaurativa, entendida esta como una forma 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”²¹.

Es reprochable de la conciliación estudiada su énfasis en la reparación del daño de acuerdo a parámetros económicos, olvidándose con ello que la víctima no solo se repara mediante indemnización económica, sino que se debe reparar integralmente, enfocándose como lo afirma Dünkel:

(...) en deshacer la obra antijurídica llevada a cabo; colocando en los posibles hechos la posición que tenía antes de comenzar el delito (sustitución del *statu quo ante*;

¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-760/01. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-777/01. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-979/05. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²¹ MÁRQUEZ, Álvaro. La justicia restaurativa versus la justicia retributiva, en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. En: Prolegómenos Derechos y Valores. Julio, 2007. Bogotá: Vol. 10, No. 20, p. 202.

reparación in natura) pero esto es, en ocasiones imposible. Por ello en numerosas oportunidades, sólo se trata de sustitutos de la reparación, de los cuales el más conocido es la compensación por resarcimiento económico del daño (indemnización), existen, sin embargo, otros sustitutos, más alejados del concepto originario, a la víctima y al agente, inclusive, puede convenirles que la satisfacción de su interés se cumpla mediante una prestación del todo alejada del daño original²²

LA CONCILIACIÓN PREPROCESAL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

La Constitución Política, reformada en sus artículos 250 y 251, por medio del Acto Legislativo 03 de 2002, confirió a la Fiscalía General de la Nación, un nuevo papel en el marco de un proceso penal de corte acusatorio, el cual se caracteriza por “no corresponder a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia”²³, lo que concibe el proceso penal como un espacio de interacción entre fiscal, defensor, procesado y víctima por medio del cual se pueden lograr acuerdos, mediante el uso de mecanismos flexibles que permiten que sólo un pequeño porcentaje de los procesos lleguen a la etapa de juicio oral.

La conciliación preprocesal, se concibe en el procedimiento penal acusatorio colombiano,

²² DÜNKEL, Frieder. La conciliación delincuente-victima y la reparación de daños: desarrollos recientes del derecho penal y de la práctica del derecho penal en la comparación internacional. San Sebastián: Papers D'Estudios I Formació, 1990, p. 70.

²³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-591/05. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

como un mecanismo para resolver el conflicto, el cual tiene carácter obligatorio y por lo tanto es “requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables”²⁴, lo que permitió su configuración, al regularla expresamente, generalizó su práctica al contemplarla como obligatoria, con lo cual deja de ser una figura alejada de la realidad, carente práctica, meramente facultativa o en desuso.

El momento en el que se puede intentar la conciliación preprocesal es aquel que va “desde la ocurrencia del hecho hasta la formulación de la imputación”²⁵, ya que su consagración por el legislador se efectuó solo para la etapa previa al proceso, es decir “desde el momento en que la noticia criminal tiene ocurrencia a través (...) de la querella y hasta la formalización de la imputación”²⁶, etapa en la cual el sujeto activo del delito ostenta la calidad de indiciado, y sin que llegue a ser imputado, ya que una vez formulada la imputación se hace improcedente la conciliación preprocesal.

Al examinar la conciliación preprocesal, es claro que el único funcionario encargado de aprobarla es el fiscal, no obstante este también puede adelantar la conciliación, caso en el cual es “quien debe citar a querellante y querellado”²⁷ y proponer formulas de arreglo imparciales que beneficien a las partes, así mismo la conciliación preprocesal se puede adelantar ante un

²⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 906. (31, agosto, 2004). Por la cual se expide el código de procedimiento penal. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2004. no. 45658. Artículo 522. p. 117.

²⁵ NOREÑA CASTRILLON, Lina María; POSADA GONZÁLEZ, Viviana y ZULETA CANO, José Abad. Guía práctica del sistema penal acusatorio. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2008, p. 106.

²⁶ COLOMBIA. FISCALIA GENERAL DE LA NACION, *et al.* Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio Colombiano. Bogotá: 2005. p. 27.

²⁷ ESPITIA GARZÓN, Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio. 6º Ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2006. p. 111.

conciliador o un centro de conciliación, pero estos tienen el deber de remitir el acuerdo ante el fiscal para su aprobación.

Tanto en la conciliación gestionada por el fiscal, como la adelantada por un conciliador, o por un centro de conciliación, el Fiscal es quien debe aprobarla, en caso de encontrarla ajustada a derecho, y en consecuencia disponer el respectivo archivo de las diligencias, ya que por tratarse de una etapa exclusivamente previa al proceso no se podrá solicitar ninguna acción diferente, como la preclusión, la suspensión del proceso o cualquier otra forma de terminación del proceso propia de otras etapas procesales.

La facultad del fiscal de realizar la conciliación fue objeto de demanda de inconstitucionalidad, ya que el actor considera que su papel en el proceso acusatorio puede ser parcializado, y por lo tanto no podría desempeñar adecuadamente el rol de conciliador, ante lo cual la Corte Constitucional afirmó que tal facultad del fiscal, no desconoce el artículo 250 superior ya que “por tratarse de delitos querellables (...) el contenido de justicia afecta solo la esfera de la víctima y en tal medida [estos delitos] admiten desistimiento”²⁸, por lo cual restringir este mecanismo de resolución de controversias, solo en los casos en que el bien jurídicamente tutelado que ha sido vulnerado, afecta principalmente a la víctima y por ello es esta la que posee la facultad de disponer de la acción penal, porque su “salvaguarda compete más al ofendido que a la sociedad y cuya punibilidad puede acarrear perjuicio a la honra del ofendido o de sus familiares”²⁹.

Las anteriores características implícitas de los delitos en los que procede la conciliación preprocesal, fueron analizadas por la corte como

“una medida de política criminal”³⁰, ideada por el legislador, que en nada se opone al esquema procesal penal, ya que esta se surte en una etapa preprocesal, en la que la víctima decide si desea culminar el proceso con una conciliación, o darle trámite al litigio penal, y el fiscal aun no ha tomado el rol de acusador, por lo cual resulta claro que en desarrollo de la conciliación las partes son quienes intervienen y su “asistencia a la reunión conciliatoria no despoja al individuo de su derecho a oponerse a las propuestas que le sean formuladas, su capacidad de disposición permanece incólume al punto que, con la sola manifestación en la audiencia de conciliación de su voluntad negativa de conciliar, cumple con el trámite que le impone la ley”³¹. Por lo tanto, es claro que el fiscal está imposibilitado para intervenir a favor de las víctimas, ya que en primer lugar no actúa como acusador y en segundo lugar son las partes las que tienen el poder dispositivo para conciliar.

En consecuencia, ya que al fiscal no le es dable intervenir a favor de las víctimas, también genera gran confianza, en el procesado que en caso de no lograrse ningún acuerdo, no pueden utilizarse en su contra las conversaciones, que se sostuvieron con miras a lograr un acuerdo.

Otro aspecto de gran importancia, en la conciliación preprocesal penal, tiene que ver con el debido proceso y el derecho de defensa, los cuales se encuentran plenamente garantizados cuando el fiscal como funcionario idóneo es quien imparte la aprobación al acuerdo, o en caso de que alguna de las partes citadas sea incapaz, deberá asistir con su representante legal. No obstante no requerirse de apoderados para la conciliación, se estima que con ello no se vulnera ningún derecho, debido a que el

²⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-591/05, *Op. Cit.*

²⁹ REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal. 11^a Ed. Bogotá: Temis, 1994, p. 286-287.

³⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-591/05, *Op. Cit.*

³¹ LEÓN PARADA, Víctor Orielson. El Abc del nuevo sistema acusatorio penal. El juicio oral. Bogotá: Ecoe, 2005, p. 64 - 65.

afectado en los delitos querellables dispone de la acción y el rumbo que ella tome, y el fiscal es el garante de las decisiones que las partes adopten.

En el mismo sentido, se observa que las partes gozan de total libertad al conciliar ya que los efectos de la inasistencia a la conciliación, son diferentes para la víctima y el victimario, por lo cual el querellante, quien tiene un interés directo en incoar la acción, adelantar el proceso penal, o conciliar al disponer del bien jurídicamente tutelado que le fue vulnerado, si no asiste a la conciliación, y su ausencia no tiene justificación alguna, tal conducta “se entenderá como desistimiento de su pretensión”³², por ser el interesado en el destino que tome el proceso, y su ausencia demostraría la falta de interés en el mismo, mientras que si es el querellado quien no asiste, se entiende que no tiene interés en conciliar, y por lo tanto se ejercerá la respectiva acción penal.

La Ley 906 de 2004, generó importantes cambios en el sistema penal, en lo relacionado con la conciliación preprocesal, los cuales se pueden observar, en los siguientes aspectos:

En primer lugar el sistema acusatorio, reguló de forma clara, la conciliación para la etapa preprocesal, contrario a lo que sucedía en el anterior sistema penal, el cual regulaba la conciliación de manera genérica, para la etapa preprocesal y procesal. Este cambio sin duda alguna facilita el arreglo de controversias en forma previa al proceso con una “formula flexible de solución de ciertos conflictos de gravedad intermedia, [que no] contradicen la naturaleza pública del derecho penal siempre que operen en el seno del sistema”³³.

³² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906. (31, agosto, 2004). *Op. Cit.* Artículo 522. p. 117.

³³ GARCÍA Antonio y DE MOLINA Pablos. Introducción al derecho penal. 4^a Ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2006, p.1052.

En segundo lugar, la Ley 906 de 2004, limitó expresamente la procedencia para los delitos querellables³⁴, lo cual da claridad sobre los casos en que debe intentarse, y no deja abierta la posibilidad de acudir a este mecanismo

³⁴ DELITOS QUE REQUIEREN QUERELLA. Para iniciar la acción penal será necesario querella en los siguientes delitos, excepto cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad:

1. Aquellos que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad.
 2. Inducción o ayuda al suicidio (C. P. artículo 107); lesiones personales sin secuelas que produjeren incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta (60) días (C. P. artículo 112 incisos 1o y 2o); lesiones personales con deformidad física transitoria (C. P. artículo 113 inciso 1o); lesiones personales con perturbación funcional transitoria (C. P. artículo 114 inciso 1o); parto o aborto preterintencional (C. P. artículo 118); lesiones personales culposas (C. P. artículo 120); omisión de socorro (C. P. artículo 131); violación a la libertad religiosa (C. P. artículo 201); injuria (C. P. artículo 220); calumnia (C. P. artículo 221); injuria y calumnia indirecta (C. P. artículo 222); injuria por vías de hecho (C. P. artículo 226); injurias reciprocas (C. P. artículo 227); violencia intrafamiliar (C. P. artículo 229); maltrato mediante restricción a la libertad física (C. P. artículo 230); inasistencia alimentaria (C. P. artículo 233); malversación y dilapidación de los bienes de familiares (C. P. artículo 236); hurto simple cuya cuantía no excede de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 239 inciso 2o); alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (C. P. artículo 243); estafa cuya cuantía no excede de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 246 inciso 3o); emisión y transferencia ilegal de cheques (C. P. artículo 248); abuso de confianza (C. P. artículo 249); aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito (C. P. artículo 252); alzamiento de bienes (C. P. artículo 253); disposición de bien propio gravado con prenda (C. P. artículo 255); defraudación de fluidos (C. P. artículo 256); acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones (C. P. artículo 257); malversación y dilapidación de bienes (C. P. artículo 259); usurpación de tierras (C. P. artículo 261); usurpación de aguas (C. P. artículo 262); invasión de tierras o edificios (C. P. artículo 263); perturbación de la posesión sobre inmuebles (C. P. artículo 264); daño en bien ajeno (C. P. artículo 265); usura y recargo de ventas a plazo (C. P. artículo 305); falsa autoacusación (C. P. artículo 437); infidelidad a los deberes profesionales (C. P. artículo 445).
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906. (31, agosto, 2004). *Op. Cit.* Artículo 74. p. 19.

preprocesal en delitos que no requieran querella de parte, y en nada relaciona su procedencia con la indemnización integral, ya que la ley 600 de 2000, daría lugar a creer que hay delitos que no requieren indemnización integral, al afirmar que procede “en aquellos delitos que admitan desistimiento o indemnización integral”, lo cual es una apreciación incorrecta que el sistema acusatorio esclareció al afirmar la procedencia solo en los delitos querellables.

En tercer lugar, la codificación del sistema penal acusatorio no establece un término cronológico estricto para la realización de la conciliación, sino que su trámite debe surtirse antes de iniciar el proceso, contrario a lo que disponía el anterior sistema, al estatuir que luego de la resolución de apertura de instrucción, la audiencia de conciliación, se debería realizar dentro de los diez días siguientes. El cambio implantado permite dar más claridad respecto de la procedibilidad de este mecanismo de resolución de controversias y mayor libertad a las partes, ya que deben resolver sus controversias sin temor al vencimiento de un término y solo deben procurar el arreglo de su conflicto.

En cuarto lugar, la ley 906 de 2004, no establece expresamente la prohibición de la participación de los apoderados en la audiencia de conciliación, como si lo preceptuaba la ley 600 de 2000³⁵, no obstante se menciona que el fiscal citará al querellante y al querellado, sin que se exija la presencia de apoderados, ni se limite la forma de intervención de los mismos, no obstante lo anterior no implica, que los apoderados puedan intervenir sin restricciones en la audiencia de conciliación, ya que es consustancial a

la conciliación que en ella intervengan las partes y sea el conciliador el que proponga las fórmulas de arreglo, por lo cual las partes deben “considerar las propuestas expuestas para que se llegue a un acuerdo definitivo [en la que] el conciliador interroga a las partes para determinar con claridad los hechos alegados y las pretensiones que en ellos se fundamentan, para proceder a proponer fórmulas de avenimiento que las partes pueden acoger o no”³⁶, por lo que es claro que los apoderados solo representan un apoyo para las partes.

En quinto lugar, el antiguo estatuto procesal, establecía que una vez verificado el cumplimiento, de la conciliación se proferirá resolución inhibitoria, preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento, lo cual no es aplicable a la conciliación preprocesal, en el sistema penal acusatorio, debido a que esta se adelanta en una etapa preprocesal, y por lo tanto como se mencionó anteriormente, solo es procedente el archivo, ya que no se ha dado lugar a iniciar un proceso.

En sexto lugar, el código procesal penal, del sistema acusatorio, no hace mención expresa, a la acción que debe tomar el querellante en caso que lo acordado en la conciliación no se llegare a cumplir, pese a que la ley 600 de 2000 si lo preceptuaba, ordenando continuar inmediatamente con la actuación procesal, empero se infiere que el querellante podrá solicitar al fiscal dar inicio al proceso.

En séptimo lugar, la ley 600 de 2000, contemplaba la imposibilidad de realizar más de dos audiencias de conciliación durante el proceso, ante lo cual la ley 906 de 2004, guarda silencio, pero se colige, que dada su naturaleza preprocesal, si esta no se realiza se debe dar inicio al proceso, ya sea por falta de acuerdo, inasistencia injustificada o incumplimiento de lo acordado.

³⁵ Durante la audiencia no se permitirá la intervención directa de los apoderados, únicamente el diálogo con sus poderantes con el fin de asesorarlos para proponer fórmulas de conciliación. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 600. (24, julio, 2000). Por la cual se expide el código de procedimiento penal. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2000. no. 44097. Artículo 41. p. 10.

³⁶ LEÓN, *Op. Cit.*, p. 66.

En octavo lugar, el estatuto procesal del sistema penal acusatorio, no contempla un término taxativo para dar cumplimiento a lo acordado en la conciliación, contrario a lo regulado en el estatuto procesal anterior que daba un término de sesenta días. Esta ausencia de término expreso en la ley 906 de 2004, da mayor libertad a las partes para acordar dependiendo de sus necesidades y circunstancias personales el término que requieran para dar cumplimiento a lo acordado.

Finalmente es de destacar que la conciliación preprocesal del sistema acusatorio, remite expresamente en lo no regulado a la Ley 640 de 2001, como normatividad de carácter general que regula la conciliación. Esto permite que exista cierta uniformidad con las demás ramas del derecho que se rigen por esta ley, pero sin olvidar que los aspectos más importantes, mencionados anteriormente son regulados por el código de procedimiento penal.

LA CONCILIACIÓN PREPROCESAL COMO MECANISMO DE JUSTICIA RESTAURATIVA

La conciliación preprocesal, del sistema acusatorio generó cambios procesales, como los vistos, pero el cambio más trascendental consiste en la búsqueda de una indemnización integral y la reintegración de las partes, la cual permite hablar de una justicia mucho más restaurativa, que la existente con la ley 600 de 2000.

Por lo anterior, es necesario establecer que la justicia restaurativa es una concepción relativamente reciente, que busca reconocer que “el crimen causa daños a las personas y comunidades, insiste en que la justicia repara esos daños y que a las partes se les permite participar en este proceso, los programas de justicia restauradora, por consiguiente, habilitan a la víctima, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que estén directamente

involucrados en dar una respuesta al crimen”³⁷, la cual, es una solución mucho más beneficiosa pues persigue la restauración de la víctima y no la penalización carcelaria del delincuente. Este tipo de justicia se ha advenido a los sistemas penales como una doctrina que considera que:

El castigo del delincuente vuelve a perjudicar a la víctima en cuanto que reduce drásticamente la voluntad a favor de la reparación, cuando no la dificulta o impide totalmente, y que sin embargo el resarcimiento del daño contribuye de manera notable a los fines penales de prevención general y especial, y de ahí que se postule un acercamiento del derecho civil y del derecho penal por la vía de considerar la reparación como sanción autónoma como tercera respuesta posible al delito, junto a la pena y a la medida, a las que puede moderar, pero también en su caso de sustituir³⁸.

Es por ello que la justicia restaurativa, se puede considerar como una respuesta a “Las múltiples disfunciones que plantea en la actualidad el sistema penal, tradicionalmente justificado en fines esencialmente retributivos y punitivos, [que] ha dado lugar a un significativo auge de nuevos enfoques orientados a enfrentar las inequidades que entraña tal situación. Estos enfoques se fundamentan en la introducción de una perspectiva restauradora como paradigma alternativo a través del cual se puedan enfrentar tales disfunciones y sus consecuencias³⁹.

Al afirmar que en la conciliación preprocesal se adelanta un proceso restaurativo, se debe tener en cuenta que por este “se entiende todo

³⁷ LLANOS, Ramiro. Justicia Restaurativa. En: <http://www.justiciarestaurativa.org/news/rllanos>. Consultado el 31 de Septiembre de 2009.

³⁸ LANDECHO VELASCO, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. Derecho Penal Español. 7^a Ed. Madrid: Tecnos, 2004, p 625.

³⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-979/05. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador”⁴⁰.

Ahora bien, la reparación, a través de un procedimiento restaurativo, si bien puede reemplazar las formas tradicionales de castigo, tales como la pena o la medida de seguridad, esta solo las suple en la conciliación preprocesal del sistema penal acusatorio Colombiano, en los delitos considerados menores por ser querellables, empero debe tenerse en cuenta que para que dicho reemplazo se justifique, la reparación debe considerar aspectos diferentes al resarcimiento económico.

Por lo tanto, cuando “las partes involucradas con un hecho punible, resuelven sus conflictos de forma integral no en procura de un castigo sino tratando de remediar el daño causado a las víctimas”⁴¹, se está empleando la justicia restaurativa, la cual se contrapone a otros tipos de justicia, como la retributiva, “caracterizada de antaño por dar un mal por otro mal”⁴², lo cual “no resuelve ni previene el delito o los daños causados”⁴³, pues generalmente se acude “a la cárcel como único mecanismo para resolver

⁴⁰ NACIONES UNIDAS. Resoluciones y decisiones aprobadas por el Consejo Económico y Social en su período de sesiones sustantivo de 2002. Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal. (1- 26, julio, 2002: Nueva York, Estados Unidos). p. 6 En: http://www.justiciarestaurativa.com/Documentos/ONU_PRINCIPIOS%20DE%20APLICACI.pdf. Consultado el 3 de Octubre de 2009.

⁴¹ BECERRA, Dayana. La conciliación preprocesal en el nuevo sistema acusatorio como mecanismo de justicia restaurativa. En: Novus Jum. Bogotá: Vol. 10, No. 20, (jul. - dic. 2009), p. 202.

⁴² *Ibid.* p. 203.

⁴³ DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. Justicia restaurativa y mediación penal. Madrid: Revista Lex Nova. No. 23, 2008. 35 p.

el problema cuando una persona infringe la norma penal”⁴⁴.

La justicia restaurativa, se adviene en el sistema penal Colombiano como una respuesta social para que las víctimas, realmente se les compense el daño causado, debido a que la pena carcelaria, en nada mejora la situación de la persona lesionada en sus bienes jurídicos, sino que alimenta un interés meramente retributivo.

Por lo anterior, la conciliación preprocesal, establecida en el actual sistema penal acusatorio Colombiano, permite que las partes lleguen a un acuerdo, pero es el fiscal quien debe procurar, que los acuerdos por el propuestos consideren verdaderos resultados restaurativos, los cuales “pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente”⁴⁵.

En cuanto a la reparación, es muy usual que en el ejercicio de la conciliación preprocesal, esta se centre en términos económicos, y se entienda como el único elemento de la indemnización, pero realmente para que esta contemple los postulados de la justicia restaurativa, se debe procurar restituir los derechos vulnerados a la víctima, cuando esto sea posible, o buscar soluciones como el perdón, el conocimiento de la verdad o la disculpa pública, que traten de ubicar a la víctima en la situación anterior a la vulneración del bien jurídicamente tutelado, o que por lo menos lo resarzan; por lo cual una indemnización integral a la luz de la justicia restaurativa, no se puede lograr con la

⁴⁴ MÁRQUEZ, Álvaro. Mecanismos de justicia restaurativa admitidos en el Nuevo Código de Procedimiento Penal Colombiano. En: <http://www.justiciarestaurativa.org/news/marquez/>. Consultado el 7 de Septiembre de 2009.

⁴⁵ NACIONES UNIDAS. *Op. Cit*, p. 6.

mera indemnización económica, pues esta no contempla aspectos inmateriales de la víctima.

Para las víctimas de un hecho punible “la conciliación y los acuerdos mutuos de reparación constituyen, una forma de participación (...) en la solución del conflicto penal, redimiéndola así del olvido en que se encontraba”⁴⁶, pero es claro que en la conciliación preprocesal, dada su procedencia en los delitos querellables, para que la víctima realmente sea indemnizada integralmente se deben considerar aspectos materiales e inmateriales, lo cual no es complejo dada la baja lesividad de los bienes jurídicos tutelados que se vulneran con estas conductas punibles, lo que hace viable la conciliación con carácter restaurativo para la víctima y el indiciado pues este último también ha de verse beneficiado al no ser castigado con una pena carcelaria que en muchas ocasiones solo alimenta fines retributivos y no permite la aplicación de una justicia restaurativa en términos de reintegración o resocialización.

La justicia restaurativa, en la conciliación preprocesal va encaminada a que la víctima sea indemnizada integralmente y a que el indiciado se reintegre, al comprender la gravedad de su conducta y buscar la enmienda a través de un acuerdo que encare pacíficamente a víctima y victimario, dejando atrás la tradicional concepción de justicia retributiva orientada a que a la víctima solo se le conceda como beneficio regocijarse en el mal causado al victimario, justificado en el daño que este le causó. Esta restitución para Roxin debe entenderse como “una prestación autónoma que puede servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena”⁴⁷ sin que permita un real beneficio para la víctima y el

victimario en términos de justicia restaurativa y por ende de resocialización.

De acuerdo a lo anterior, la conciliación preprocesal en el sistema acusatorio debe verse como “Un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario”⁴⁸, lo que claramente beneficia a las partes, ya que la víctima se le busca resarcir y al victimario que trabaje por mejorar la condición de la persona ofendida sin que ningún caso se busque perjudicar a las partes. Lo cual hace que “el centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituye el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido”⁴⁹.

LA CONCILIACIÓN PREPROCESAL Y EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

La tradicional concepción de acceso a la justicia, concebida únicamente como la facultad de iniciar un proceso judicial formal, ha sufrido cambios importantes, impulsados principalmente por los mecanismos alternos de resolución de conflictos en los cuales se considera realmente importante que la decisión adoptada sea garante de los derechos discutidos y “desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones que se le formulen, (...) que entraña la posibilidad de acudir libremente a la jurisdicción, siendo parte en un proceso promoviendo que la actividad jurisdiccional concluya con una decisión final motivada, razonable y fundada en el sistema de fuentes”⁵⁰.

⁴⁶ ESER, Antonio. La víctima en el proceso penal, su régimen legal en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay. Buenos Aires: Depalma. 1997, p. 95.

⁴⁷ ROXIN, Clauss, La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones. Jornadas sobre la reforma del derecho penal en Alemania. Madrid: Ed, cuadernos del consejo general del poder judicial, 1991. p. 98.

⁴⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-979/05. *Óp. Cit.*

⁴⁹ *Ibidem.*

⁵⁰ *Ibidem.*

La Corte Constitucional colombiana, considera que el derecho a acceder a la justicia tiene un “significado múltiple, entre otros, comprende contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones”⁵¹, reiterando tal decisión en constantes pronunciamientos⁵², que flexibilizan este derecho y acentúan la importancia de proferir decisiones razonables por cualquier procedimiento y no lo limita al mero derecho de iniciar un proceso judicial.

Por lo tanto, el derecho de acceso a la justicia guarda una relación “estrecha con el derecho al recurso judicial efectivo como garantía necesaria para asegurar la efectividad de los derechos, como quiera que no es posible el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso”⁵³, y su significado se debe comprender en términos de efectividad y no del mero acceso a un proceso de justicia tradicional, sino asegurar la tutela de los derechos que se pretenden hacer valer.

En materia procesal penal este derecho se caracteriza por poseer rasgos especiales “al no tener el ciudadano el derecho de ejercer por sí

mismo la acción penal quedaría fuera del concepto civilista que cataloga el acceso a la justicia como la posibilidad de que el afectado exija la tutela de sus derechos en sede jurisdiccional”⁵⁴, aunque en el proceso penal adelantado en los delitos querellables o en la conciliación preprocesal, este derecho se asemeja en mayor medida al establecido en derecho civil, ya que dado el interés personal de la víctima esta es quien debe acudir a la jurisdicción.

De acuerdo a lo anterior el acceso a la justicia en la conciliación preprocesal, está plenamente garantizado, en cuanto a que si bien no requiere iniciar un proceso judicial, se procura dar resolución al conflicto, tutelando los derechos discutidos y logrando una solución que beneficie a las partes y así mismo dada su pertenencia al proceso penal pero su naturaleza mas enfocada al ámbito civil, por tratarse de delitos en los que la víctima debe solicitar al aparato estatal su persecución a través de la querella, se demuestra que está plenamente garantizado el acceso a la jurisdicción por medio de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

Ahora bien, para establecer la relación de la conciliación preprocesal con el derecho de acceso a la justicia, se debe estudiar si aquella acata los componentes y fines que persigue este derecho, a lo cual la Corte Constitucional ha afirmado en reiteradas oportunidades⁵⁵ que

⁵¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-1195/01. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵² Ver: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T-597/92. M.P. Ciro Angarita Barón. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA SU-067/93. M.P. Fabio Morón Díaz Y Ciro Angarita Barón. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T-451/93. M.P. Jorge Arango Mejía. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-059/93. M.P. Alejandro Martínez Caballero. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T-268/96. M.P. Antonio Barrera Carbonell. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-652/97. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-059/93. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-1195/01. *Op. Cit.*

⁵⁴ GUERRERO, Oscar Julián. Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal. Bogotá: Nueva Jurídica. 2007, p. 109.

⁵⁵ Ver: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T-268/96. M.P. Antonio Barrera Carbonell. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-037/96. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-215/99. M.P. Martha Victoria Sachica De Moncaleano. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-163/99. M.P. Alejandro Martínez Caballero. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA SU-091/00. M.P. Alvaro Tafur Galvis. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-330/00. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

“La conciliación garantiza los componentes del derecho de acceso a la justicia”⁵⁶.

Por lo tanto es claro que la conciliación preprocesal complementa el aparato judicial, brinda una tutela judicial efectiva, posibilita la concurrencia libre y otorga una decisión, al igual que un proceso judicial, por lo que resulta “razonable el diseño normativo que promueve la intervención de los particulares en la resolución pacífica y negociada de los conflictos jurídicos, la cual no puede desplazar de manera definitiva a la justicia estatal formal, ni puede constituirse en un obstáculo que impida el acceso a ella”⁵⁷

El respeto de la garantía constitucional de acceso a la justicia, se establece y matiza por medio de la conciliación como alternativa de justicia, reflejada en uno de sus componentes, como lo es el derecho a ser parte en un proceso el cual “no significa que todas las disputas entre los particulares deban ser resueltas por los jueces, pues (...) la Carta garantiza la existencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación (...) los cuales pueden ampliarse por el Legislador”⁵⁸ por lo que estos deben ser interpretados solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y primordialmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan, que en este sentido, hacen incuestionable su estirpe democrática, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando el conflicto en la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal en la medida en que éste puede

dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social.

Desde la anterior perspectiva, se ha considerado que el presupuesto básico para la efectividad de la justicia consensual es la existencia de una sociedad civil organizada, integrada cultural, valorativa y normativamente, ya que “sólo cuando existe congruencia entre los individuos y su comunidad, con valores y deberes compartidos, existe la posibilidad de justicia sin derecho”⁵⁹.

CONCLUSIONES

La conciliación como modelo de arreglo de controversias, existente desde el momento mismo en que se han presentando conflictos en cualquier tipo de sociedad u organización en la que se haga necesaria la convivencia, hace imperiosa la labor pacificadora de problemáticas intersubjetivas, a través de modelos de justicia que hoy podemos denominar tradicionales o a través de mecanismos alternativos, tales como la conciliación.

Si bien es claro que la conciliación en materia penal, ha sido regulada de antaño, mediante importantes regulaciones, con la Ley 600 de 2000, se le imprimió a la figura mayor fuerza ejecutoria, facilidad en su práctica y cumplimiento, no obstante algunas de sus falencias fueron superadas por el sistema acusatorio, tales como la obligatoriedad de su práctica en los delitos querellables, elevado a requisito de procedibilidad y la indemnización contemplada no solo en el campo económico.

Con la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio Colombiano, plasmado jurídicamente en la Ley 906 de 2004, adicionalmente se dio un cambio en la concepción de justicia, en el marco de un sistema que permite el

⁵⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-1195/01. *Op. Cit.*

⁵⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-652/97. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-1195/01. *Op. Cit.*

⁵⁹ AUERBACH, Jerold. *Justice Without Law*. New York: Oxford University Press. 1983, p. 87.

dialogo interpartes, que no agudiza el conflicto, no sitúa a la víctima u ofendido en una guerra con el agresor o indiciado, eliminando en gran medida el carácter adversarial del proceso, lo cual se hace evidente con la implementación de mecanismos como la conciliación preprocesal.

La conciliación preprocesal en materia penal, en nuestro medio se aplica a los delitos que poseen el carácter de querellables, lo cual resulta plenamente razonable, ya que en estos el ofendido o la víctima posee la facultad de poner o no en conocimiento del Estado su ocurrencia, pues el bien jurídicamente tutelado que se vulnera con tales delitos es infractor de derechos que no pueden ser considerados sumamente esenciales, sino de los cuales el sujeto tiene derecho a disponer o restringir su conocimiento por parte del Estado, pues su vulneración solo afecta la órbita individual de la víctima.

En el sistema penal acusatorio, la facultad de la víctima de disponer de los delitos querellables, para iniciar un proceso o buscar un arreglo preprocesal con la participación de un conciliador como tercero imparcial, puede efectuarse ante el fiscal, un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal, sin que la realización ante el fiscal implique vulneración de derechos o de principios propios del sistema acusatorio, pues en caso de que el querellante y el querellado logren llegar a un acuerdo, se deberá proceder a archivar las diligencias, o si la conciliación resulta fallida se procederá a ejercer la acción penal.

Es así como en el sistema penal acusatorio colombiano, se implementó una justicia restaurativa, mas enfocada en reparar los daños ocasionados, conocer los hechos, las causas y las consecuencias generadas con la acción delictiva, tanto a nivel psicológico, físico, económico, social y cultural de las víctimas, como a nivel social, lo que le permite a la administración de justicia o los entes estatales, brindar una solución efectiva para las partes en conflicto y

no limitarse la imposición de la pena en desmedro de la víctima y sus anhelos de reparación, y lograr restaurar la paz interpartes e intercomunitaria, sin que las partes estén sometidas a las dificultades procesales, e innumerables formalidades en la investigación y juzgamiento.

Conforme a lo anterior, la conciliación preprocesal en materia penal, debe en primer lugar considerarse como un mecanismo de justicia restaurativa, que la hace más democrática en cuanto a que los ciudadanos sin la necesidad de estar investidos con la categoría de jueces pueden estar en la posibilidad de resolver conflictos, y adicionalmente produce una transformación de la justicia retributiva de antaño, típica de un sistema inquisitivo, por una justicia, en que la víctima es reparada acorde con sus necesidades, y no con las necesidades que el juez cree que el ofendido pueda tener, asimismo esta justicia permite en mayor medida la resocialización del delincuente y el perdón por parte de la víctima, los cuales no se ven reciprocamente como verdugos, pues el indiciado ha sido beneficiado en su pena, la víctima ha sido reparada de acuerdo a sus necesidades, el conciliador ha sido gestor imparcial de un arreglo, que beneficia a las partes, y no responde a la agresión que el procesado ejecutó, con otra agresión entendida esta como pena o castigo.

La conciliación preprocesal es garante del derecho constitucional de acceso a la justicia por cuanto todo ciudadano se encuentra en posibilidad de ser parte en un proceso, con el fin de que le sea solucionado el conflicto del cual hace parte, mediante una decisión garante de sus derechos de forma efectiva, sin que ello exija que tal procedimiento deba ser desarrollado exclusivamente por un juez, sino que también se puede efectuar a través de mecanismos alternos, como la conciliación, la cual debe estar en posibilidad no solo de proteger, sino también garantizar el derecho de acceso a la justicia, no como una mera instancia a la cual se pueda

acudir para poner en conocimiento un conflicto, sino en la cual también se le dé solución en un marco de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

AUERBACH, Jerold. *Justice Without Law*. New York: Oxford University Press. 1983.

BECERRA, Dayana. La conciliación preprocesal en el nuevo sistema acusatorio como mecanismo de justicia restaurativa. En: *Novus Jum.* Bogotá: Vol. 10, No. 20, (jul. - dic. 2009).

BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNELL, Eduardo. *El proceso Penal. 4^a ed.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política. Acto legislativo N° 03 de 2002.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 600. (24, julio, 2000). Por la cual se expide el código de procedimiento penal. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2000. no. 44097.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906. (31, agosto, 2004). Por la cual se expide el código de procedimiento penal. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2004. no. 45658.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-037/96. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-059/93. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-1195/01. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-1257/01. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-160/99. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-163/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-204/03. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-215/99 M.P. Martha Victoria Sachica De Moncaleano.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-330/00. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-425/08. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-591/05. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-652/97. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-760/01. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-777/01. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-979/05. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA SU-067/93. M.P. Fabio Morón Díaz Y Ciro Angarita Barón.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA SU-091/00. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T-268/96. M.P Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T-451/93. M.P. Jorge Arango Mejía.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T-597/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. AUTO 9660/98. M. P. Carlos Eduardo Mejía.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. AUTO 23323/07. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. SENTENCIA 22758/05. M.P. Marina Pulido de Barón.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. SENTENCIA 26581/07. M.P. Jorge Luis Quintero Milanes.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. SENTENCIA 26999/07. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA CASACION PENAL. SENTENCIA 26831/2008. M. P. María del Rosario González.

COLOMBIA. FISCALIA GENERAL DE LA NACION, *et al.* Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio Colombiano. Bogotá: 2005.

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. Justicia restaurativa y mediación penal. Madrid: Revista Lex Nova. No. 23, 2008.

DÜNKEL, Frieder. La conciliación delincuente-victima y la reparación de daños:

desarrollos recientes del derecho penal y de la práctica del derecho penal en la comparación internacional. San Sebastián: Papers D'Estudios I Formació, 1990.

ESER, Antonio. La víctima en el proceso penal, su régimen legal en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay. Buenos Aires: Depalma. 1997.

ESPITIA GARZON, Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio. 6º Ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2006.

FLOREZ GACHARNA, Jorge. La eficacia de la conciliación. Bogotá: Librería ediciones del profesional, 2004.

GARCIA Antonio y DE MOLINA Pablos. Introducción al derecho penal. 4ª Ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2006.

GUERRERO, Oscar Julián. Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal. Bogotá: Nueva Jurídica. 2007.

LANDECHO VELASCO, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. Derecho Penal Español. 7ª Ed. Madrid: Tecnos, 2004.

LEÓN PARADA, Víctor Orielson. El Abc del nuevo sistema acusatorio penal. El juicio oral. Bogotá: Ecoe, 2005.

LLANOS, Ramiro. Justicia Restaurativa. En: <http://www.justiciarestaurativa.org/news/rllanos>

MÁRQUEZ, Álvaro. *La justicia restaurativa versus la justicia retributiva, en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria.* En: Prolegómenos Derechos y Valores. Julio, 2007. Bogotá: Vol. 10, No. 20.

MÁRQUEZ, Álvaro. Mecanismos de justicia restaurativa admitidos en el Nuevo Código de Procedimiento Penal Colombiano. En: <http://www.justiciarestaurativa.org/news/marquez/>

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Procedimiento Penal Colombiano. 12ª ed. Bogotá: Temis, 2002.

NACIONES UNIDAS. Resoluciones y decisiones aprobadas por el Consejo Económico y Social en su período de sesiones sustantivo de 2002. Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal. (1- 26, julio, 2002: Nueva York, Estados Unidos). En: http://www.justiciarestaurativa.com/Documentos/ONU_PRINCIPIOS%20DE%20APLICACI.pdf

NOREÑA CASTRILLON, Lina María; POSADA GONZÁLEZ, Viviana y ZULETA

CANO, José Abad. Guía práctica del sistema penal acusatorio. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2008.

REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal. 11^a Ed. Bogotá: Temis, 1994.

ROXIN, Clauss, La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones. Jornadas sobre la reforma del derecho penal en Alemania. Madrid: Ed, cuadernos del consejo general del poder judicial, 1991.