

JUSTICIA RESTAURATIVA, ¿VERDAD O UTOPIA?

CAROLINA BLACKBURN VILLOTA

MARÍA PAULA RODRIGUEZ URREA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTÁ, D.C

2009

JUSTICIA RESTAURATIVA, ¿VERDAD O UTOPIA?

CAROLINA BLACKBURN VILLOTA

MARÍA PAULA RODRIGUEZ URREA

Tesis para optar al título de

ABOGADO

DIRECTOR

DOCTOR JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTÁ, D.C

2009

NOTA DE ADVERTENCIA

ARTICULO 23 DE LA RESOLUCIÓN N° 13 DE JULIO DE 1946

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajo de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Nota de aceptación

TABLA DE CONTENIDO

Introducción

Capítulo I – Las víctimas dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

1.1 El olvido de las víctimas en Colombia

1.2 Quiénes se consideran víctimas en el marco del ordenamiento jurídico

1.3 ¿Cuál es la posición de las víctimas dentro del proceso penal colombiano?

1.4 La Justicia Restaurativa en la reforma al proceso penal colombiano.

Capítulo II- Aproximación a la Justicia Restaurativa.

2.1 Concepto

Modos de resolución de conflictos

Capítulo III- Justicia Restaurativa en Colombia. ¿Verdad o utopía?

3.1 Justicia Restaurativa. Las estadísticas.

3.2 Crítica a la aplicación de la Justicia Restaurativa en el proceso penal colombiano

3.3 Propuesta al tratamiento de las víctimas en Colombia. El proceso penal permeado por la Justicia Restaurativa desde de una órbita integral.

Capítulo IV- Conclusiones.

BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

Critica a la implementación de la Justicia Restaurativa dentro del marco de la Ley 906 de 2004, Sistema Penal Acusatorio. Se explica la situación de olvido de las víctimas en el proceso penal y la aplicación de los sistemas alternativos de solución de conflictos, respondiendo al interrogante: ¿Fueron insuficientes los postulados introducidos a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 906 de 2004 en torno a los alcances de la Justicia Restaurativa? O por el contrario, ¿Son suficientes estos principios pero el Estado ha sido incapaz de implementarlos?

PALABRAS CLAVE: JUSTICIA RESTAURATIVA; VÍCTIMA; CONCILIACIÓN; MEDIACIÓN; SISTEMA PENAL ACUSATORIO.

Introducción

Conforme a la tesis de la Juez Virginia Domingo de la Fuente, Juez sustituta de la provincia de Burgos¹, durante los últimos años se ha venido fortaleciendo entre nuestros legisladores la idea de que la expansión de la órbita de aplicación del derecho penal, a través del “endurecimiento de las penas” y “en general la rigurosidad” del ámbito punitivo estatal, es la solución a los problemas que aquejan a nuestra sociedad.

Dada la amplia difusión de esta creencia, aunada con la legitimación que tanto la Constitución como la ley penal le dan al ciudadano que ha sido vulnerado en sus derechos para acudir a la jurisdicción penal en busca de justicia, cada vez es más frecuente la apertura de litigios sin importar la naturaleza de los derechos discutidos, cuantía e importancia dentro del ordenamiento jurídico vigente.

De esta manera, la tendencia ha venido apuntando a un incremento excesivo de la función punitiva del Estado, con el agravante de que sus resultados no reflejan los principios de eficacia y restablecimiento de derechos para las principales personas afectadas por el delito: las víctimas.

El ciudadano promedio considera, -desligando su opinión de la influencia de factores como la corrupción, entre otros,- que a través de un proceso penal, las partes pueden potencialmente conseguir una resolución satisfactoria al conflicto que se les presenta.

¹DOMINGO, DE LA FUENTE. Virginia en: <http://www.solomediacion.com/FitxersWeb/43330/etextovirgina.pdf>

A pesar de esta postura, por demás legítima, ya que implica una creencia y esperanza en la institucionalidad del Estado, es claro que las falencias del proceso penal son cada vez más tangibles, en tanto sus intervinientes, y en especial las víctimas, encuentran que éste se manifiesta como un mecanismo “poco idóneo” puesto que no recoge las reales necesidades y preocupaciones de las personas que se ven inmersas en la comisión de un hecho delictual.

“El castigo al culpable, se torna en una auténtica obsesión social y por una parte reconcilia a la colectividad con la idea de justicia, intimida al culpable y al resto de potenciales candidatos y finalmente sacia la sed de venganza de la comunidad, pero aún así se olvida y deja sin respuesta a quién queda en una situación de mayor vulnerabilidad: la víctima. Además se está prescindiendo de algo tan relevante e importante como es la orientación reinsertadora de las penas privativas de libertad. Es de destacar que a pesar de este considerable aumento del rigorismo en las sanciones, la realidad muestra unas altas tasas de reincidencia u escasa contención de los infractores incluso ante las penas más “cruels”.²

Nuestra posición es clara entonces, al definir que la ampliación del ámbito de aplicación del derecho penal no sólo entorpece y torna ineficiente la actuación del Estado ante la comisión de delitos, sino que adicionalmente tampoco disminuye los índices de criminalidad en nuestra sociedad y genera la crisis del proceso penal.

² IBIDEM

Partiendo entre otras de estas premisas, el Acto Legislativo número 003 del 19 de diciembre de 2002, se introdujo en Colombia el sistema acusatorio de procedimiento criminal.

En desarrollo de dicho acto legislativo, se presentó por parte de los Doctores Jaime Enrique Granados Peña, Julio Andrés Sampedro Arrubla, Juan David Riveros Barragán y Mildred Hartmann Arboleda, el Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal, que finalmente se concretó en el nuevo Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley 906 de 2004.

En su exposición de motivos se hace una clara referencia a la situación desfavorable que ostentan las víctimas en el marco del ordenamiento jurídico colombiano: “Pensar el papel de las víctimas en los sistemas penales tradicionales es un sendero que tienes como referencia obligada el olvido y la marginación a que se les ha sometido, nadie quiere identificarse con ellas, con los perdedores del drama criminal, con los vencidos. Además de sufrir el impacto del delito, deben enfrentar la indiferencia e insensibilidad del sistema legal y soportar la falta de solidaridad en la comunidad”³.

Es a partir de esta desalentadora realidad que la Ley 906 de 2004 avanza considerablemente valiéndose de la idea de implementar un proceso penal cuya piedra angular se concibe como “la opción preferencial por las víctimas”.

“Pensar el sistema penal en esta perspectiva requiere de un cambio ideológico orientado desde la victimología el cual debe concretarse en una

³ GRANADOS PEÑA, Jaime Enrique; SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés; RIVEROS BARRAGÁN, Juan David; HARTMANN ARBOLEDA, Mildred. “Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal”. Exposición de motivos. Pág., xi.

nueva estructura, comprensiva del hombre (víctimas y victimarios) que sólo será posible mediante la implementación, por una parte de instrumentos que otorguen espacios a las víctimas, que permitan el uso, dentro y fuera del proceso, de los métodos alternativos para la solución de conflictos, especialmente la mediación; y por la otra, a través de la atribución de nuevos roles a los protagonistas del drama criminal y la intervención de profesionales interdisciplinarios, (...) Se trata de fundamentar una nueva lectura que fije su atención en la concepción del delito como un conflicto interpersonal, sin que por ello merme su gravedad, en el que la solución pueda encontrarse por sus propios protagonistas, desde el conflicto mismo, y permita orientar el sistema penal como un instrumento idóneo para la reconciliación y la paz”⁴.

Es así como la inclusión de un “sistema de Justicia Restaurativa” se plantea como “uno de los instrumentos de mayor importancia” dentro del marco del Acto Legislativo 03 de 2002, como presupuesto para “hacer realidad la opción preferencial por las víctimas del delito” en palabras de los citados autores.

La justicia restaurativa y en particular la mediación son mecanismos que deben ser tenidos en cuenta preponderantemente en el proceso penal. A través de ellos se busca conocer la fuente y existencia de los hechos delictivos, la participación de los intervinientes en el mismo y por último el grado de responsabilidad del infractor.⁵De esta manera el sistema de “justicia

⁴ Ídem. Pág., xiv

⁵ Tomado de: DOMINGO, DE LA FUENTE. Virginia en: <http://www.solomediacion.com/FitxersWeb/43330/etextovirgina.pdf>

restaurativa se basa en tres características fundamentales: es comunicativo, resolutivo y recreador”.⁶

Si bien la implementación del sistema de Justicia Restaurativa al cual haremos referencia más a fondo en el desarrollo de este trabajo de grado es sin lugar a dudas un acierto de nuestra legislación, vemos como el mismo en su aplicación práctica dentro del proceso se ha circunscrito al trámite del incidente de reparación integral, como un momento procesal en el que esta Institución puede o no tener lugar.

Lo anterior para afirmar, que no aun cuando el sistema de justicia restaurativa es válido y más eficiente que otros mecanismos planteados por el ordenamiento jurídico, al introducirse al proceso penal puede desnaturalizarse pues este puede terminar convertido en un requisito formal dentro del proceso, dejando de lado su objetivo, el cual es el restablecimiento de los derechos de las víctimas.

Si bien es cierto que el sistema penal acusatorio da un trato especial a las víctimas, no basta sólo con nombrarlas y darles una etapa en la cual puedan hacer uso de la justicia restaurativa, pues el proceso se limita a etapas que concluidas pueden o no dar lugar a que una persona en su calidad de víctima le sean restablecidos sus derechos.

“En este sentido, el proceso penal no solo no respeta estas necesidades sino que supone, en algunos casos, una experiencia dolorosa para las víctimas, no en vano se ha denominado a esta experiencia la “victimización

⁶ Tomado de: GRANADOS PEÑA, Jaime Enrique; SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés; RIVEROS BARRAGÁN, Juan David; HARTMANN ARBOLEDA, Mildred. “Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal”. Exposición de motivos. Pág., xiv.

secundaria” y así según N.Christie “la víctima en un caso penal, es una especie de perdedor por partida doble, primero frente al infractor y después frente al Estado. Está excluido de cualquier participación en su propio conflicto, el Estado le roba su conflicto. Todo es llevado a cabo por profesionales quienes a causa de su instrucción son incapaces de dejar que las partes decidan lo que crean conveniente”⁷.

Como conclusión, el planteamiento para nuestro trabajo de grado es que el proceso penal debe estar permeado por la justicia restaurativa desde una órbita integral, de manera que el proceso como tal logre efectivamente el cometido de proporcionarles a las víctimas verdad, justicia y reparación.

Los interrogantes que surgen a raíz de los anteriores planteamientos son los siguientes: ¿Fueron insuficientes los postulados introducidos a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 906 de 2004 en torno a los alcances de la Justicia Restaurativa? O por el contrario, ¿Son suficientes estos principios pero el Estado ha sido incapaz de implementarlos? El desarrollo de los mismos plantea el objetivo del presente trabajo de grado.

⁷ DOMINGO, DE LA FUENTE. Virginia en: <http://www.solomediacion.com/FitxersWeb/43330/etextovirgina.pdf>

Capítulo I – Las víctimas dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

1.1. El olvido de las víctimas en Colombia

Si se trata de mirar el papel que han jugado las víctimas dentro del proceso penal, se puede decir que como se afirmaba anteriormente estas se encuentran identificadas con el olvido y la marginación por parte del Estado colombiano y de sus ciudadanos, teniendo en cuenta que a nadie le interesa hacerle frente a la situación que estas ostentan.

Gracias a esta marginación a la que son sometidas, las víctimas además de sufrir las consecuencias negativas que traen los delitos, se ven sometidas a la indiferencia y falta de solidaridad por parte del estado y de la comunidad.

La tendencia de los sistemas penales, ha sido concentrar su atención en la persona que realiza la conducta delictual, dejando de lado a la persona que sufre las consecuencias, es decir la víctima.

Lo anterior se evidencia en el rol que juegan las víctimas dentro del proceso penal, que si se es completamente objetivo, en la mayoría de los casos parecería ser nulo, pues quienes juegan un papel preponderante en el proceso penal son el Estado Colombiano, quien es el encargado de impartir aquello que denominado como justicia, encargándose de administrarla; y el delincuente, quien es la persona que realiza aquella conducta que el ordenamiento jurídico considera como delito, por ser una conducta que reviste

las características de típica, antijurídica y culpable, quien debe responder por su el daño causado.⁸

Es en este punto donde surge la obvia pero necesaria reflexión: ¿Dónde queda el rol de las víctimas? Parecería que estas pasan a un segundo plano, ya que, aún cuando hacen parte del discurso acerca del resarcimiento y de la garantía de los derechos que el Estado Colombiano debe proteger y que en caso de quebrantamiento repara, la realidad es que quienes a luz del derecho penal son víctimas, no juegan o no tienen un papel fundamental en el proceso penal.

Esto no implica que no sean tenidas en cuenta, más bien podría decirse que estas quedan rezagadas a un papel de sujeto pasivo dentro del marco del ordenamiento jurídico, entendido no como quien recibe la consecuencia negativa de la comisión del hecho ilícito, sino más bien como ese interviniente secundario que legitima la acción penal por parte del Estado y que en últimas no es tenido en cuenta, pues nadie quiere identificarse con “los perdedores del drama criminal, con los vencidos.”⁹

En algunos casos parecería ser contradictoria la posición que adopta el Estado Colombiano, con relación a las políticas y medidas que implementa

⁸ “El sistema legal se centra fundamentalmente en castigar al delincuente pero muy poco en ayudar a la víctima y a sus familiares más cercanos a superar las secuelas del acto delictivo. La progresiva concientización (sic) sobre el problema de las víctimas a llevado a muchos Estados a legislar, junto con el endurecimiento penal (que muchos consideran eficaz) y la acusación en particular, a favor de compensar y ayudar a las víctimas de la violencia, estableciendo tratamientos y fondos.” Jesús Guerra en: GRANADOS PEÑA, Jaime Enrique. SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. RIVEROS BARRAGAN, Juan David. HARTMANN ARBOLEDA, Mildred. “Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal.”Pagina XIII.

⁹ GRANADOS PEÑA, Jaime Enrique. SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. RIVEROS BARRAGAN, Juan David. HARTMANN ARBOLEDA, Mildred. “Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal.”Pagina XI.

para garantizar los derechos de los ciudadanos, lo que sin lugar a dudas incluye a quienes son considerados como víctimas.

Tal y como lo consagra la Constitución Política de 1991, en su artículo 1¹⁰, Colombia es un estado social de derecho, el cual se caracteriza por garantizar los derechos de todos los ciudadanos, evitando de esta forma abusos por parte de los mismos ciudadanos así como del mismo Estado Colombiano.¹¹

En la realidad, con relación a las víctimas, la aplicación de este principio que orienta la estructura del Estado Colombiano, no es tan claro, pues el ordenamiento jurídico, específicamente el proceso penal, parece centrar su atención en la relación que hay entre el sujeto que cometió la conducta (delincuente) y el Estado, limitando, por no decir anulando la participación de las víctimas dentro del proceso penal, pues toda la regulación está enfocada a la forma como el Estado debe sancionar a quien comete una conducta típica, antijurídica y culpable.

Colombia se caracteriza por ser una sociedad que olvida todo aquello que le ha causado dolor, es una cultura que se caracteriza por la indiferencia, el egoísmo y la falta de solidaridad con aquellos que nos rodean, pues prima la satisfacción y el cuidado de lo personal sin tener en cuenta el dolor y sufrimiento ajeno. Una sociedad con estas características, está condenada a la

¹⁰ CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA DE 1991. “**ARTICULO 1.** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

¹¹ Tomado de: NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas; PEREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano.

barbarie, pues no hay conciencia de la situación de olvido e indiferencia que agobia a la sociedad colombiana.¹²

1.2 Quiénes se consideran víctimas en el marco del ordenamiento jurídico colombiano.

Cuando se pretende definir quien ostenta la calidad de víctima, parecería no revestir de mayor dificultad, al dirigirla a la acepción general de que es toda persona que ha sufrido algún daño, daño que debe ser reparado e indemnizado por quien lo causó.

El ordenamiento jurídico colombiano, se ha encargado de establecer quiénes son considerados como víctimas, con el fin de lograr el resarcimiento de los derechos vulnerados.

A continuación se precisaran algunas definiciones encontradas, las cuales hacen referencia a la definición de estos sujetos procesales las VICTIMAS;

- El Código de procedimiento penal¹³ en su artículo 132, establece la definición de victima; “Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto.

La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este.”

¹² GRANADOS PEÑA, Jaime Enrique. SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. RIVEROS BARRAGAN, Juan David. HARTMANN ARBOLEDA, Mildred. “Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal.

¹³ Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004.

- La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en reiteradas sentencias ha tratado de dilucidar la calidad de las víctimas, teniendo en cuenta tanto la Ley 600 de 2000 como el sistema actual, el cual se encuentra consagrado en la Ley 906 de 2004 (sistema penal acusatorio);

- Sentencia C-228 DE 2002: "La víctima es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica"¹⁴

- De acuerdo con la Ley de Justicia y Paz se entiende por víctima "la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley.

También se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida.

La condición de víctima se adquiere con independencia de que se identifique, aprehenda procese o condene al autor de la conducta

¹⁴ SENTENCIA C- 228 de 2002, del 3 de abril de 2002 Magistrados Ponentes: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa y Doctor Eduardo Montealegre Lynett

punible y sin consideración a la relación familiar existente entre el autor y la víctima.

Igualmente se considerarán como víctimas a los miembros de la Fuerza Pública que hayan sufrido lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual o auditiva), o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de las acciones de algún integrante o miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.

Asimismo, se tendrán como víctimas al cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, de los miembros de la fuerza pública que hayan perdido la vida en desarrollo de actos del servicio, en relación con el mismo, o fuera de él, como consecuencia de los actos ejecutados por algún integrante o miembros de los grupos organizados al margen de la ley.

Tendrán la calidad de víctima quienes se encuentren en las situaciones previstas en el artículo 5 de la Ley 975 de 2005, incluyendo a las víctimas del desplazamiento forzado ocasionado por las conductas punibles cometidas por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley. Para el ejercicio de sus derechos dentro del proceso, la víctima deberá acreditar sumariamente su condición de tal, la cual, de ser procedente, será reconocida por la autoridad judicial. (Art. 11 Decreto 4760/ Parágrafo)¹⁵.

¹⁵ LEY 975 de 2005, artículo 5°. <http://www.cnrr.org.co/definicion.htm>

- Víctimas según la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación:
 - “Se entiende por víctimas de la violencia política, aquellas personas de la población civil que sufran perjuicios en su vida, o grave deterioro en su integridad personal o en sus bienes, por razón de atentados terroristas, combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado interno. Son víctimas los desplazados en los términos del artículo 1o. de la Ley 387 de 1997. Así mismo, se entiende por víctima de la violencia política toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades”¹⁶.
 - “El 19 de abril de 2005, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó el conjunto de “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a

¹⁶ El texto original del art. 15 de la Ley 418 era el siguiente: “(...) se entiende por víctimas, aquellas personas de la población civil que sufren perjuicios en su vida, grave deterioro en su integridad personal y/o bienes, por razón de actos que se susciten en el marco del conflicto armado interno, tales como atentados terroristas, combates, ataques y masacres entre otros. (...)”. La modificación de la ley 782 buscó precisar que se trataba de víctimas de la violencia política y señalar expresamente que los desplazados (según el art. 1 de la L. 387) así como los niños y niñas que tomen partes en las hostilidades se consideran víctimas. El art. 1 de la Ley 397 consagra que “es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público. (...)”.

interponer recursos y obtener reparaciones (E/CN.4/2005/L.48. Abril 13 de 2005)". En sus párrafos 8 y 9, este conjunto de principios señala lo siguiente: se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término "víctima" también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.

9. Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima."

- "Toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que –en el marco del conflicto armado interno– constituyan una violación manifiesta de las normas

internacionales de derechos humanos o del DIH que, a su vez, vulnere la legislación penal. Son víctimas las personas desplazadas por la violencia y los niños y niñas que toman parte en las hostilidades”. Las víctimas son, entonces, de una violación de derechos humanos o del DIH que, adicionalmente, constituya un desconocimiento de la legislación penal. Son víctimas de una acción o conducta punible, en el marco del conflicto, independientemente de su propio comportamiento o acciones pasadas

1.3Cuál es la posición de las víctimas dentro del proceso penal colombiano

No se puede desconocer que con la Ley 906 de 2004, la posición de las víctimas en el proceso penal ha cambiado, pues como ya se mencionó anteriormente el papel de estas ha sido el preponderante olvido.

De acuerdo con esto, es importante reconocer el avance que actualmente tienen las víctimas en el proceso, aunque somos conscientes que falta recorrer un gran camino para llegar al punto donde se reconozca la calidad que ostentan o que deberían ostentar dentro del proceso penal.

Hoy en día existe una tendencia de cambio acerca de la visión del proceso penal, pues lo que se busca es que el hecho dañoso dentro del proceso se mire no desde la óptica del victimario, sino desde la perspectiva de la víctima.

Tal y como lo señala el Doctor Julio Andrés Sampredo Arrubla¹⁷, la justicia restaurativa es una propuesta desde y hacia las víctimas, lo cual ha cambiado la forma de percibir las

De igual forma, la concepción o la posición de las víctimas dentro del proceso penal se ve plasmado en la Sentencia C-228 DE 2002, que establece que;

“ 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:

¹⁷SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. “¿QUÉ ES Y PARA QUÉ SIRVE LA JUSTICIA RESTAURATIVA?” En: http://www.justiciarestaurativa.com/Documentos/QueEs_ParaQueSirve_JR.pdf

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.*^{52[52]}

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.*^{53[53]}

Aun cuando tradicionalmente la garantía de estos tres derechos le interesan a la parte civil, es posible que en ciertos casos, ésta sólo esté interesada en el establecimiento de la verdad o el logro de la justicia, y deje de lado la obtención de una indemnización. Ello puede ocurrir, por citar tan sólo un ejemplo, cuando se trata de delitos que atentan contra la moralidad pública, el patrimonio público, o los derechos colectivos o donde el daño material causado sea ínfimo –porque, por ejemplo, el daño es difuso o ya se ha restituido el patrimonio público– pero no se ha establecido la verdad de los hechos ni se ha determinado quién es responsable, caso en el cual las víctimas tienen un interés real, concreto y directo en que se garanticen sus derechos a la verdad y a la justicia a través del proceso penal.

No obstante, ello no significa que cualquier persona que alegue que tiene un interés en que se establezca la verdad y se haga justicia pueda constituirse en parte civil –aduciendo que el delito afecta a todos los miembros de la sociedad–

ni que la ampliación de las posibilidades de participación a actores civiles interesados sólo en la verdad o la justicia pueda llegar a transformar el proceso penal en un instrumento de retaliación contra el procesado. Se requiere que haya un daño real, no necesariamente de contenido patrimonial, concreto y específico, que legitime la participación de la víctima o de los perjudicados en el proceso penal para buscar la verdad y la justicia, el cual ha de ser apreciado por las autoridades judiciales en cada caso.^{54[54]} Demostrada la calidad de víctima, o en general que la persona ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste, está legitimado para constituirse en parte civil, y puede orientar su pretensión a obtener exclusivamente la realización de la justicia, y la búsqueda de la verdad, dejando de lado cualquier objetivo patrimonial. Es más: aun cuando esté indemnizado el daño patrimonial, cuando este existe, si tiene interés en la verdad y la justicia, puede continuar dentro de la actuación en calidad de parte. Lo anterior significa que el único presupuesto procesal indispensable para intervenir en el proceso, es acreditar el daño concreto, sin que se le pueda exigir una demanda tendiente a obtener la reparación patrimonial.

La determinación en cada caso de quien tiene el interés legítimo para intervenir en el proceso penal, también depende, entre otros criterios, del bien jurídico protegido por la norma que tipificó la conducta, de su lesión por el hecho punible y del daño sufrido por la persona o personas afectadas por la conducta prohibida, y no solamente de la existencia de un perjuicio patrimonial cuantificable.

Habiendo clarificado los derechos constitucionales de la víctima dentro del proceso penal, pasa la Corte a analizar si la forma como el legislador ha regulado la intervención de la parte civil dentro del proceso penal en el artículo 137, resulta conforme a la Carta y garantiza la efectividad de los derechos al resarcimiento, a la verdad y a la justicia.

- *De lo anterior surge que la concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito no está circunscrita a la reparación material. Esta es más amplia. Comprende exigir de las autoridades y de los instrumentos judiciales desarrollados por el legislador para lograr el goce efectivo de los derechos, que éstos sean orientados a su restablecimiento integral y ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos, a lo menos. 12^[12]*
- *En cuanto a la finalidad de la intervención de las víctimas y perjudicados dentro del proceso penal, en un principio esa intervención sólo estaba orientada a la reparación de perjuicios materiales. No obstante, esa posibilidad ha evolucionado hacia una protección más integral de los derechos de la víctima y hoy se reconoce que también tienen un interés en la verdad y la justicia. Así ha sucedido en el sistema francés, donde se permite que quien ha sufrido un daño personal y directo, se constituya en parte civil, aun cuando tal intervención no está subordinada a la presentación de una demanda de daños. El ejercicio de la acción civil ante la jurisdicción penal en Francia tiene un doble propósito: 1) obtener un juicio sobre la responsabilidad de la persona y*

2) *obtener la reparación del perjuicio sufrido. Estos derechos de la víctima han ido ampliándose desde 1906*^{44]}, cuando la Corte de Casación admitió que la víctima de un delito pudiera acudir directamente ante el juez de instrucción para iniciar el proceso penal ante la inacción del Ministerio Público. Esa jurisprudencia fue recogida luego por el Código de Procedimiento Penal y ha evolucionado hasta reconocer que el proceso penal debe garantizar a las víctimas el derecho a la verdad,^{45]} tal como ocurrió recientemente, cuando el Fiscal decidió continuar con una investigación criminal para el establecimiento de la verdad de los hechos a favor de las víctimas, en un caso en que el asesino se había suicidado después de disparar y matar a varios miembros de un consejo regional. La búsqueda de la verdad fue la razón que permitió impulsar el proceso penal, a pesar de que el responsable directo había muerto.^{46]}

- *El ámbito de protección de los derechos de las víctimas dentro del proceso también se ha ido ampliando. En un principio se entendió que tal protección se refería exclusivamente a la garantía de su integridad física y en consecuencia se adoptaron mecanismos para proteger su identidad y seguridad personal y familiar; posteriormente, esa protección se ha extendido para asegurar el restablecimiento integral de sus derechos y, por ello, se le han reconocido ciertos derechos dentro del proceso penal: el derecho a ser notificadas de las decisiones que puedan afectar sus derechos, a estar presente en determinadas actuaciones y a controvertir decisiones que resulten contrarias a sus intereses en la verdad, la justicia o la indemnización económica.*^{47]} La

*mayor parte de sistemas reconocen a la parte civil el derecho a aportar pruebas dentro del proceso, el derecho a ser oída dentro del juicio y a ser notificada de actuaciones que puedan afectarla, el derecho a que se adopte una resolución final dentro de un término prudencial, el derecho a que se proteja su seguridad, el derecho a una indemnización material, pero también a conocer la verdad de lo sucedido.*⁴⁸^[48] ¹⁸

1.4 La Justicia Restaurativa en la reforma al proceso penal colombiano.

Como anotábamos en la introducción el sistema de justicia restaurativa se basa en tres características fundamentales: “es comunicativo, resolutivo y recreador”.

“Comunicativo porque impone el diseño de espacios procesales (conciliación y mediación en los cuales se propicie un diálogo constructivo que facilite el acercamiento, con la ayuda de diversas disciplinas, hacia la reconciliación. Se trata de una estrategia surgida desde el proceso mismo, para el establecimiento de la verdad, hacer justicia y, a través de la reparación, crear las condiciones necesarias para la reconciliación, de tal manera que sea posible garantizar una futura convivencia en paz.

El sistema, en segundo lugar, debe ser resolutivo. Esto quiere decir que la actuación debe producir una efectiva mejora para las víctimas como para el infractor. El proceso debe constituir un instrumento efectivo para obtener una verdadera solución al conflicto que subyace al delito, de tal manera que la

¹⁸ SENTENCIA C- 228 de 2002, del 3 de abril de 2002. M.P: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa y Doctor Eduardo Montealegre Lynett.

respuesta obtenida a través del proceso supere la idea del castigo al victimario. Mediante la asignación de nuevos roles para las víctimas la sociedad y el infractor, se busca dejar atrás ese algo pesimista que supone todo encuentro interhumano, para que las víctimas y los victimarios se conviertan en complementarios.

Por último, el proceso re-creador, es decir, un proceso al que se otorgue un mayor contenido humano, mediante un protagonismo controlado a las víctimas, y se abran caminos a la reconciliación. El proceso restaurativo surge como la continuación del encuentro producido con el delito, es su fase siguiente, como lo plantea A. Beristain. Así como en el delito se encuentran tres agentes (víctimas, sociedad y victimario), en el proceso siguen encontrándose los mismos, pero en un nuevo orden de prelación: las víctimas, no como los actuales modelos procesales, sino para desarrollar su rol central, en nada secundario, muy diverso del de "convidado de piedra". Se dan casos (pues las personas no son tan egoístas como algunos creen) en que las víctimas, impresionadas por las sinceras expresiones de arrepentimiento reparador del victimario, desean retribuir eficazmente a su repersonalización y llegan hasta a renunciar a algunas de sus debidas compensaciones e incluso se ofrecen a darle trabajo al delincuente; la sociedad, con y por sus representantes: las comunidades urbanas, el jurado, los jueces etc., pero estos últimos con una misión nueva, no para medir y pesar en la balanza para castigar y restaurar, sino con criterios constructivos, para recibir, conocer, aprehender el hecho delictivo y transformarlo en derecho, en justicia; y el delincuente, como responsable principal del comportamiento inicial, el delito, la omisión de la acción debida y como colaborador de las construcciones secuenciales, de las

respuestas asistenciales hacía las víctimas. En cuanto a sujetos, no como a objetos que restauran.

Con este nuevo orden se busca trascender el conflicto, lo cual supone construir nuevas relaciones entre las víctimas y los victimarios, pues si lo negativo ha estado presente en la base del conflicto, las nuevas relaciones estarán en la base de la solución.”¹⁹

Ahora bien, teniendo en cuenta las directrices mencionadas anteriormente respecto de la justicia restaurativa, podemos ver que el propósito del legislador colombiano fue darle una mayor protección a las víctimas dentro del proceso, logrando no solo una reparación de carácter económico, como venía sucediendo, sino darles una reparación de carácter integral, lo que sin lugar a dudas convierte el proceso penal en un proceso humano, donde no solo se busca que se condene o se absuelva a una persona.

Se puede afirmar que el legislador quiso que el proceso penal se encontrara permeado de principio a fin de “verdad, justicia y reparación” para las víctimas, y que no solo esta protección se encontrara circunscrita a un momento procesal, o a solo una etapa del proceso, ya que si este hubiera sido el espíritu, se hubiera perdido la esencia de lo que llamamos justicia restaurativa, pues esto no es algo que se pueda limitar a un momento procesal, como sucede con la indagatoria, acusación o etapa de juicio por ejemplo, pues lo cierto es que para darle una óptima y justa protección a la víctima, la verdad,

¹⁹ GRANADOS PEÑA, Jaime Enrique. SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. RIVEROS BARRAGAN, Juan David. HARTMANN ARBOLEDA, Mildred. “Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal”. Pág. Xiv-xv

la justicia y la reparación deben estar desde el inicio de la investigación hasta el momento en que el proceso termina.

Capítulo II- Aproximación a la Justicia Restaurativa.

2.1 Concepto

En los organismos internacionales, así como en el ordenamiento jurídico nacional se ha tratado de establecer una definición, acerca de lo que debe entenderse por Justicia Restaurativa, con el fin de lograr un concepto común a todos. Aunque no ha sido fácil lograrlo, es posible afirmar que de las diferentes definiciones se logran rescatar elementos esenciales comunes, lo que sin lugar a dudas, nos hace pensar que por más de que no exista un solo concepto, las diferentes aproximaciones que hay, se encuentran concatenadas, y de esta forma su esencia es la misma.

Es por esto, que es importante mencionar algunas de las definiciones y conceptos que en nuestro entender, plasman la esencia de la justicia restaurativa, ya que incluyen los postulados que deben gobernarla y los valores por lo que debe estar permeada.

Organización de Naciones Unidas (ONU):²⁰ “ La Justicia Restaurativa constituye una visión alternativa del sistema penal que, sin menoscabar

²⁰ **Según La Corte Constitucional en sentencia C-979 de 2005** “Resulta relevante la preocupación que en los últimos años ha manifestado la comunidad internacional acerca de la aplicación de la justicia restaurativa en los sistemas nacionales. Así en el 10° Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, celebrado en Viena del 10 al 17 de abril de 2000, se discutió el tema y se elaboró un plan de acción.

El 27 de Julio de 2000 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas emitió su resolución 2000/14 en la que establece los *“Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal”*, promoviendo un amplio debate sobre el tema. Para el efecto dispuso solicitar observaciones a los Estados miembros, así como a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes, y a los institutos que integran la red del Programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito en materia penal, acerca del contenido de la resolución.

el derecho del Estado en la persecución del delito, busca, por una parte, comprender el acto criminal en forma más amplia y en lugar de defender el crimen como simple trasgresión de las leyes, reconoce que los infractores dañan a las víctimas, comunidades y aún a ellos mismos; y por la otra, involucrar más partes en respuesta al crimen, envés de dar papeles clave solamente al Estado y al infractor, incluye también víctimas y a la comunidad. En pocas palabras, la Justicia Restaurativa, valora en forma diferente el éxito frente al conflicto, envés de medir

En el 11° período de sesiones de la Comisión de prevención de delito y Justicia Penal^{20[35]} celebrado en Viena del 16 al 25 de abril de 2002, el grupo de expertos sobre justicia restaurativa creado con base en la Resolución 2000/14 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, presentó el correspondiente informe, que contiene recomendaciones del grupo así como el proyecto de principios revisado, sobre la aplicación de justicia restaurativa.

La resolución 2000/14 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas denominada *“Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal”*, revisada por el grupo de expertos, elabora conceptos y directrices generales acerca de los programas de justicia restaurativa, a la vez que recomienda a los Estados miembros de esa organización considerar la posibilidad de formular estrategias y políticas nacionales encaminadas al desarrollo de la justicia restaurativa, y al desarrollo de una cultura propicia para su utilización entre las autoridades policiales, judiciales, organizaciones sociales y las comunidades locales.

Los conceptos que desarrolla la mencionada resolución resultan de utilidad para dar un marco conceptual a este instrumento de justicia, que si bien no es totalmente desconocido en el orden jurídico colombiano^{20[36]}, ha sido ampliado y sistematizado en materia penal por el modelo de procesamiento penal introducido a partir del Acto Legislativo 03 de 2002.

La relevancia internacional del tema se evidencia además en el hecho de que el eje temático del 11° Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en Bangkok entre el 18 y el 25 de abril de 2005, fue la “Potenciación de la Reforma de la Justicia Penal, incluida la Justicia Restaurativa”^{20[39]}.

Los anteriores apartes del Informe del Grupo de Expertos destaca (i) la importancia que reviste en el concierto internacional el tema de la justicia restaurativa como mecanismo complementario de la justicia penal; (ii) la reevaluación que este instituto plantea en las relaciones entre la víctima, el ofensor y el Estado; (iii) la necesidad de que los mecanismos de justicia restaurativa, no obstante la flexibilidad que introducen, se manejen dentro del imperio de la ley y su supervisión siempre esté a cargo del Estado, (iv) la necesidad de que su instauración atienda las particularidades de cada sistema jurídico, y los rasgos culturales de la sociedad en que se aplica.

cuanto castigo fue infringido, establece si los daños son reparados o prevenidos²¹.

“En Colombia, el término “justicia restaurativa fue consagrado expresamente en la Constitución Política desde el año 2002 con la aprobación del Acto Legislativo 03, el cual reformó el artículo 250 al disponer que la Fiscalía General de la Nación en el ejercicio de sus funciones debe: “Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes 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.”

Posteriormente se desarrolló esta disposición con la expedición de la Ley 906 de 2004 del Código de Procedimiento Penal. El Libro VI dedica todo un capítulo al tema y el artículo 518 se encarga de definirlo así: “se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en que la víctima y el imputado, acusado o sentencias 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 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

²¹ Organización de las Naciones Unidas ONU en: SAMPEDRO ARRUBLA, SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. “¿QUÉ ES Y PARA QUÉ SIRVE LA JUSTICIA RESTAURATIVA?” En: http://www.justiciarestaurativa.com/Documentos/QueEs_ParaQueSirve_JR.pdf

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”²²

Según Escolar Capella y conforme al artículo 519 del Código de Procedimiento Penal los procesos de Justicia Restaurativa se rigen por los siguientes lineamientos: “ 1) se requiere el consentimiento voluntario de la víctima y del imputado de acudir a un proceso restaurativo; 2) los acuerdos deben contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado; 3) la participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de la culpabilidad en procedimientos jurídicos posteriores; 4) el incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena; y 5) los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velar porque las partes actúen con mutuo respeto”²³

Adicionalmente y conforme a la autora, en La Constitución Política de Colombia, artículo 116, se han desarrollado “otras modalidades de justicia restaurativa y una de ellas es la justicia de paz, reglamentada por la Ley 497 de 1999”.²⁴

- Corte Constitucional: Existen varias sentencias en las que esta Corporación ha hecho alusión al término de Justicia Restaurativa, entre otras las sentencias C-873 de 2003; C-966 de 2003; C-899 de 2003; C-1092 de 2003 y C-979 de 2005.

²² ESCOLAR CAPELLA, Claudia. “La Justicia Restaurativa en el ámbito penal: Jurisprudencia de la Corte Constitucional. En: <http://www.restorative-justice-colombia.org/pages/article.php?l=es&id=9>

²³ IBIDEM

²⁴ IBIDEM

Resaltamos esta última, dado que integra la concepción actual de ésta Corporación frente a la Justicia Restaurativa: *“La justicia restaurativa se presenta 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. El centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido. Conforme a este modelo, la respuesta al fenómeno de la criminalidad, debe diversificar las finalidades del sistema. Debe estar orientada a la satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurarla en su dignidad), al restablecimiento de la paz social, y a la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, replanteando el concepto de castigo retributivo que resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica”.*

- Doctrina:

- “La Justicia Restaurativa es un modelo de Justicia comunitaria que pone todo su énfasis en la dimensión social del delito. Busca restaurar el lazo social dañado por la acción criminal en un proceso de reconciliación, reparación y perdón entre la víctima y el infractor, con la mediación de la comunidad. A diferencia del modelo penal, no busca el castigo y el

encierro del infractor, sino que busca reparar el daño y rehabilitar al delincuente”²⁵.

- La Justicia Restaurativa implica un cambio de posición del Estado en el proceso de resolución de lo que supone el delito. Deja de ser simplemente el ejecutor del castigo y se convierte en el facilitador y el mediador entre las partes, permitiendo que las partes comprometidas en el mismo emerjan como los actores principales del proceso de solución de lo acontecido, en la medida que se le considera problemático. El delito también deja de ser entendido simplemente como un quebrantamiento de las normas, concepción que privilegia su aspecto formal, para concebirse como un daño social que exige una reparación integral. Esta reparación se da mediante un proceso de diálogo en el cual las partes involucradas reconstruyen la memoria histórica de lo acontecido, expresan sus sentimientos transmitiendo su punto de vista subjetivo del acontecimiento, se ofrecen acciones de restitución y reparación simbólica o real, se otorga el perdón y se consiente la reintegración social tanto de las víctimas como de los victimarios al seno de la sociedad. Todo esto es un proceso terapéutico social. Entonces, en la medida que el imputable sea, o llegue a ser por efecto de las medidas terapéuticas iniciales, un sujeto de palabra, con capacidad de diálogo y compromiso, su participación en un proceso restaurativo podrá

²⁵ ORDOÑEZ Jorge; BRITO Diana. Justicia Restaurativa. Un modelo para construir comunidad. Página 230.

ser una de las partes más importantes de su curación en el aspecto psicosocial²⁶.

- Según Sampedro Arrubla, la justicia restaurativa es una visión de la justicia desde y hacia las víctimas, es decir, justicia que se debe a las víctimas y justicia que emana de las víctimas; esto significa, en primer lugar que la justicia restaurativa reconoce la actualidad de las injusticias cometidas sin importar el tiempo que haya transcurrido y en segundo lugar que la justicia restaurativa reconoce que las víctimas tiene una visión alternativa de la realidad y que lo que se ve así forma parte de la realidad: se trata de una mirada diferente que, como escribe R. Mate, quiere decir que la víctima ve algo que escapa al verdugo o al espectador a saber, el significado del sufrimiento declarado insignificante por la cultura dominante. La mirada de la víctima protesta contra esta justicia porque forma parte de la realidad.”²⁷

La justicia restaurativa como afirma el Doctor Julio Andrés Sampedro, consiste en la síntesis de dos tendencias complementarias: “una que pone sus énfasis en la singularidad de las víctimas (Cultura

²⁶ MACHADO VILLA, Javier. Justicia Restaurativa e imputabilidad Penal.

²⁷ REYES MATE, Memoria de Auschwitz. Actualidad moral y Política. Página 258 en: SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. “¿QUÉ ES Y PARA QUÉ SIRVE LA JUSTICIA RESTAURATIVA?” En: http://www.justiciarestaurativa.com/Documentos/QueEs_ParaQueSirve_JR.pdf

reconstructiva)²⁸ y la otra en la memoria de las mimas (Cultura de la memoria).²⁹

Modos de resolución de conflictos

Dentro de nuestra sociedad están previstos unos mecanismos de resolución de conflictos que permean a todos los sujetos de la misma, estos comprenden a las personas naturales, jurídicas, sujetos de derecho internacional, Estados, etc. Estos mecanismos se concretan en dos grandes grupos; los mecanismos de carácter jurisdiccional y los no jurisdiccionales.

- Mecanismos jurisdiccionales

“Consiste en el sometimiento de las partes a un tercero investido por el Estado de la potestad jurisdiccional, a fin de que utilizando un procedimiento reglado, dirima el litigio mediante una resolución basada en el ordenamiento jurídico. Con frecuencia el desarrollo reglado de los procedimientos judiciales carece de un trámite que permita o fomente el dialogo entre los contendientes, a fin de encontrar una solución consensual al enfrentamiento.”³⁰

²⁸ La cultura reconstructiva según R. Mate “se llama así porque la injusticia es vista como una acción que destruye una relación, que la justicia debe reconstruir. Se trata con esta cosmovisión de la justicia, de sustituir el vinculo entre justicia y castigo que ha iluminado los modelos tradicionales, por el de justicia y reparación de las víctimas.”

²⁹ SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. “¿QUÉ ES Y PARA QUÉ SIRVE LA JUSTICIA RESTAURATIVA?” En: http://www.justiciarestaurativa.com/Documentos/QueEs_ParaQueSirve_JR.pdf

³⁰ SAN MARTIN LARRINOVA, María Begoña. “La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos”. Pág., 29-30

- Mecanismos no jurisdiccionales

Como su nombre lo indica, los mecanismos no jurisdiccionales de resolución de conflictos no se encuentran enmarcados dentro del accionar de la jurisdicción estatal, de manera que el órgano o tercero interviniente, así como las partes tienen la posibilidad para elegir libremente las normas aplicables y modificarlas según el caso en concreto, pero respetando el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Le Roy reagrupa los mecanismos no jurisdiccionales de solución de conflictos en tres tipos específicos:

1. “Aquellos que se encuadran en el denominado “orden aceptado” en el que las diferencias no se transforman en conflictos debido a que las partes transigen sobre sus pretensiones y permanecen en relaciones de tipo diádico.
2. Los que giran bajo la denominación de “orden discutido”, en el que imperan relaciones de tipo diádico y donde la finalización de los conflictos se hace con la victoria del más fuerte o del más hábil.
3. En un punto intermedio aparecen los modos de resolución que se enmarcan en el denominado orden negociado, en el que las diferencias se convierten en conflictos donde la intervención de un tercero es necesaria.”

Este último orden negociado es generalmente practicado por órganos independientes al sistema judicial, en los que las normas jurídicas constituyen parámetros no necesariamente imperativos para solucionar el conflicto.

Dentro del marco del orden negociado encontramos figuras fundamentales tales como la mediación y la conciliación.

Según la Corte Constitucional “Los mecanismos a través de los cuales opera la justicia restaurativa, en el sistema procesal colombiano, son la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación (Art. 521). No escapa a la consideración de la Corte, que el ámbito y las posibilidades de la aplicación de la justicia restaurativa no se agota en esas tres modalidades. El análisis se centrará en estos tres supuestos, en cuanto recogen los casos por los que optó el legislador, aunque la justicia restaurativa, en términos universales, es mucho más amplia en posibilidades”³¹. Teniendo en cuenta los anteriores parámetros nos disponemos a explicar estas figuras.

Mediación:

a) Definición:

“La mediación es un proceso, a menudo formal, por el que un tercero neutral trata, a través de la organización de intercambios entre las partes, de permitir a estas confrontar sus puntos de vista y buscar, con su ayuda, una solución al conflicto que les enfrenta.”³²

La mediación trata con ayuda de sus intervinientes, de dejar de lado sus diferencias buscando opciones, alternativas o caminos que les permitan

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-979/2005

³² FAGET. J. “La médiation pénale une dialectique de l’ordre et du désordre”, *Deviance et société*, septiembre 1993 vol. XVII N 3, pagina 223 en: SAN MARTIN LARRINOA, María Begoña. “La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos”. Pág., 31

solucionar sus conflictos y satisfacer las necesidades que se crean a partir de la ocurrencia del delito.

Este mecanismo pretende generar soluciones a corto plazo y se centra en generar respuestas en el presente y proyecciones para el futuro, más que insistir en los hechos acaecidos en el pasado.³³

En materia penal la mediación consiste en la búsqueda de una solución libremente negociada a un conflicto derivado de la ocurrencia de una infracción penal, con la intervención de un tercero y las partes.³⁴

Según Highton, Álvarez, Gregorio el propósito de la mediación es brindarles tanto a las víctimas como al autor el hecho punible, un mecanismo que permite la resolución del conflicto y se perciba como justo. De esta manera se procura generar un ambiente de encuentro entre el victimario y el delincuente donde se reflexione acerca de la situación de la víctima después de la comisión del hecho punible que conlleve a la comprensión de las consecuencias tanto personales como sociales que se derivan del mismo, generando conciencia y sentido de responsabilidad por parte del victimario que lo lleve a comprometerse a realizar acciones tendientes a reparar a las víctimas.

Teniendo en cuenta lo que se entiende por mediación, es preponderante el papel que juega el mediador en este proceso, pues si durante el proceso se

³³ Tomado de SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. “¿QUÉ ES Y PARA QUÉ SIRVE LA JUSTICIA RESTAURATIVA?” En: http://www.justiciarestaurativa.com/Documentos/QueEs_ParaQueSirve_JR.pdf

³⁴ Al respecto J. Urra en su obra “Menores, la transformación de la sociedad, ley orgánica 4/92, siglo XXI, Madrid 1995 afirma: “En este ámbito, la mediación tiende, por lo general, a una conciliación extrajudicial entre el autor de la infracción y la víctima en el marco de un encuentro, a una despenalización y a lograr una reparación libremente consentida por ambas partes.”

presentan compromisos recíprocos entre las partes es necesario que se cree un ambiente de confianza entre los mismos, que solo puede propiciar el mediador. De esta manera es claro que la labor del mediador debe tender a facilitar la interacción entre las partes y debe compilar las necesidades e inquietudes de las mismas, reformulando de forma integral la noción que se tenga del conflicto.³⁵

Si este cometido se logra satisfactoriamente, la delincente vera aminorados los efectos negativos de su conducta, sustituyendo la pena intramuros (en los casos en que esto sea permitido teniendo en cuenta la conducta realizada por el agente infractor) y de esta manera atenuar las consecuencias sociales de discriminación y estigmatización, producto de las sanciones previstas por el ordenamiento jurídico. Adicionalmente, genera un ambiente constructivo y reparador en la medida en que el infractor debe tener un contacto directo con la víctima, con el propósito de esclarecer los hechos ocurridos y sus móviles, para logra que esta se sienta “reparada”.³⁶

El mecanismo de la mediación es complejo y por eso muchos autores la conocen como un arte, ya que implica tacto para su ejecución, aptitudes por parte de quien la ejecuta, capacidad de gestión para lograr restaurar las relaciones sociales quebrantadas y establecer una nuevas entre las partes.

³⁵ Al respecto Giménez- Salinas. E. “La conciliación victima-delincente como alternativa a la justicia penal” postula lo siguiente: “En definitiva el mediador no es nuevo juez, sino una persona que ayuda, que facilita el dialogo en la situación conflictiva, pero no resuelve el conflicto. Su función consiste en poner en relación a las partes para que sean estas quienes busquen la solución más adecuada.”

³⁶ Tomado de SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. “¿QUÉ ES Y PARA QUÉ SIRVE LA JUSTICIA RESTAURATIVA?” En: http://www.iusticiarestaurativa.com/Documentos/QueEs_ParaQueSirve_JR.pdf

b) Características:

Este mecanismo se caracteriza por no ser un procedimiento “standard” toda vez que el mismo se aplica de formas diversas, teniendo en cuenta el caso en concreto es decir la situación de los sujetos, la realidad social, etc., pues lo que se busca con la aplicación del mismo es brindar soluciones de carácter individual a cada uno de los conflictos, y no una solución que se aplique de manera general a todos los casos que puedan llegar a presentarse.

Así mismo, este procedimiento tiene tres características que lo diferencian de los otros medios no jurisdiccionales de resolución de conflictos;

1. La aceptación previa por parte de los intervinientes de reformular el conflicto, con el propósito de encontrarle una solución. Esto significa indudablemente un replanteamiento de las condiciones del conflicto.
2. La existencia del mediador fija unos parámetros temporales que implican una coerción a las partes, en la medida en que deben atender a unas sesiones las cuales deben cumplirse, lo que le brinda eficacia al proceso y evita su perpetuación en el tiempo.
3. “La presencia del mediador obliga también a las partes a una reorientación pragmática de la enunciación de su problema. La dirección del discurso de estas cambia por la sola presencia del mediador. Esta modificación conduce a un equilibrio en la construcción del conflicto (...) Por tanto la presencia del tercero induce, de una manera pragmática a

una exigencia de argumentación discursiva como vía obligada para el reconocimiento práctico.”³⁷

c) Elementos:

Este es un proceso que se caracteriza por ser espontáneo y flexible, sin embargo, dada su trascendencia social, ha dado lugar a que se le haya revestido de un carácter formal, incorporándole determinadas normas convencionales fijadas por el mediador, costumbre o principios generales de derecho, que faciliten el cometido del mismo.

Ahora bien, lo anterior no significa que se limite la libertad que deben tener los sujetos que participan dentro del proceso, pues esta debe estar presente desde el inicio mismo del proceso hasta al final, aún cuando las partes decidan retirarse en el transcurso del mismo.

Los elementos fundamentales son:

- El Mediador: (Legitimación para el ejercicio de su función)
 - o El mediador socialmente instituido: Su legitimación proviene de un grupo social, el cual lo designa como tal.³⁸
 - o Mediador legalmente instituido: Su legitimidad está dada por normas de carácter legal.

³⁷ SAN MARTIN LARRINOA, María Begoña. “La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos”. Pág., 29-30

³⁸ “La mediación ejercida por el mediador socialmente instituido tan solo funcionará si los lazos comunitarios son suficientemente fuertes como para vincular a las personas y colocar como mediadores a “autoridades” comunitarias admitidas por todos”. En: Ídem. Página 39.

- Mediador designado por la autoridad: La legitimidad proviene de la autoridad que lo designa.
- Mediador designado por las partes: Su legitimidad proviene de la designación y aceptación de las partes. (Acuerdo de voluntades).
- Mediador autoridad: La legitimidad proviene por el hecho de ser una autoridad, no por la calidad del mediador.

Teniendo en cuenta las anteriores clasificaciones que el mediador no ostenta ningún mecanismo coercitivo para solucionar el conflicto que se presente, ya que no puede obligar a las partes, pues la solución depende exclusivamente de la voluntad de las mismas. El papel de esta, podría decirse es el de buscar el ambiente propicio mediante el cual las partes puedan llegar a la solución que les represente un mayor beneficio.³⁹

- Las partes:

Son aquellas que se enfrentan entre sí con el propósito de solucionar el conflicto que se presenta. Es importante resaltar que sus actuaciones siempre deben estar investidas de buena fe, pues de lo contrario el cometido que se pretende realizar no será cumplido.

- Procedimiento:

³⁹ SAN MARTIN LARRINOA, María Begoña afirma que: “El mediador ha de ser, además, un “hombre-recurso”, listo siempre para dar sugerencias, soluciones alternativas, para ayudar a las partes a encontrar un acuerdo, respetándolas y teniendo siempre presente que la resolución del conflicto es un asunto de las mismas. Su labor no siempre precisa ser exhaustiva, aunque si pertinente y acertada. En ocasiones, la participación as apropiada del mediador consistirá tan solo en una nueva y más general formulación l problema, de manera que a través de la formulación sea más fácil para las partes en conflicto llegar a una resolución del mismo”.

- 1) Fase previa: Consiste en un dialogo entre el mediador y cada una de las partes, separadamente, con el propósito que el mediador conozca a cabalidad el conflicto, y así mismo logre el consentimiento voluntario para la celebración de la mediación.⁴⁰
- 2) Fase de confrontación: Es aquella en la cual las partes se reúnen con el mediador, buscando un dialogo en el cual se busca en primer lugar que cada una de las partes exponga aquellas situaciones o sentimientos que hacen creer a la misma que hay un conflicto y lo segundo que las partes logren llegar a un acuerdo en aquellos puntos en los que haya convergencia de opiniones.
- 3) Fase de resolución: Es el acuerdo o fracaso al cual se llega al final del proceso. Este acuerdo o fracaso se caracteriza por ser “expresión de libertad ejercida por las partes en dicho procedimiento”⁴¹.

Teniendo en cuenta las tres fases mencionadas anteriormente, es importante resaltar que ninguna de ellas se considera más importante que la otra, pues para lograr un proceso de mediación fructífero es necesaria la realización de cada una de ellas a cabalidad. Claro está que esto no significa que necesariamente siempre se llegue a un acuerdo.

d) Clases de mediación:

e) Mediación, diferencias con otras figuras.

La mediación es una figura que se diferencia de otros mecanismos que pueden ser o no jurisdiccionales. Sin embargo, nos centraremos en la

⁴⁰ IDÉM, Página., 44.

⁴¹ IDÉM, Página., 47.

diferenciación de esta figura con la conciliación, toda vez que en Colombia estos han sido los mecanismos de resolución alternativa de conflictos más utilizados en el marco de la Justicia Restaurativa en tratándose del proceso penal. Por otra parte, es importante resaltar que a diferencia de lo que sucede en la mediación, la conciliación es un mecanismo, el cual en algunas ocasiones tiene un carácter judicial, pues se presenta como un requisito de procedibilidad, sin el cual es imposible continuar con el proceso, situación que se presenta en algunas jurisdicciones colombianas, así como en otras legislaciones tales como la española.⁴²

La conciliación⁴³: Este mecanismo se caracteriza por buscar un equilibrio en el cual se de justicia en forma recíproca por los

⁴² “La conciliación, en ocasiones, puede tener carácter judicial y como tal está prevista en el ordenamiento jurídico de muy diversos países, entre ellos España, donde se admite expresamente en materia civil, laboral y administrativa, siendo totalmente excepcional en el ámbito penal (artículo 804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se prevé como requisito previo para la presentación de la querrela por delitos de injuria y calumnia contra particulares).”

Corte Constitucional. Sentencia C- 979 de 2005: “De conformidad con las líneas jurisprudenciales sentadas por la Corte, la conciliación se caracteriza por ser (i) un instrumento de **autocomposición** de un conflicto, por la voluntad concertada o el consenso de las partes; (ii) una **actividad preventiva**, en la medida en que busca la solución del conflicto antes de acudir a la vía procesal o durante el trámite del proceso, en cuyo caso no se llega al resultado final normal de aquél, que es la sentencia; (iii) **no tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial** ni da lugar a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador, autoridad administrativa o judicial, o particular, no intervienen para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora; (iv) es un mecanismo **útil** para la solución de los conflictos, porque ofrece a las partes involucradas en un conflicto la posibilidad de llegar a un acuerdo, sin necesidad de acudir a la vía del proceso judicial que implica demora, costos para las partes y congestión para el aparato judicial; (v) constituye un mecanismo alternativo de administración de justicia que se inspira en el **criterio pacifista** que debe regir la solución de los conflictos en una sociedad; (vi) es un instrumento que busca lograr la **descongestión de los despachos judiciales**, asegurando la mayor eficiencia y eficacia de la administración de justicia, pues éstas se aseguran en mayor medida cuando a la decisión de los jueces sólo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente y sin dilaciones; (vii) tiene un ámbito que se extiende a todos aquellos **conflictos susceptibles**, en principio, **de ser negociados**, o en relación con personas cuya capacidad de transacción no se encuentre limitada por el ordenamiento jurídico; (viii) es el resultado de una

intervinientes. En este mecanismo también interviene un tercero el cual a diferencia del mediador, procura proponer la solución que considere más acertada al conflicto bajo análisis. Lo anterior significa que el conciliador tiene un papel activo dentro del proceso toda vez que es su obligación no sólo propiciar un ambiente pacífico y de negociación entre las partes, sino que además de permear este espacio de posibles soluciones, claro está, siempre bajo una óptica neutral que procure satisfacer ambas partes⁴⁴

Según la ley y la Corte Constitucional, “La conciliación opera respecto de los delitos que requieren querrela para la iniciación de la acción penal (Art. 74 C.P.P.), los cuales conforme a la tradición jurídica colombiana son desistibles. (...) Conforme al nuevo sistema procesal penal, los delitos querellables demandan la instauración de la querrela y el agotamiento de la conciliación para la iniciación de la acción penal. La conciliación puede ser realizada ante el

actuación que se encuentra **reglada** por el legislador^{43[45]}; (ix) no debe ser interpretada solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de **participación** de la sociedad civil en los asuntos que los afectan^{43[46]}; (x) se trata de un mecanismo de **estirpe democrática**, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización de 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; (xi) se enmarca dentro del movimiento de reformas para garantizar el acceso a la justicia^{43[47]}; (xii) puede ser judicial o extrajudicial; y (xiii) el legislador ha optado por regular en norma especial la conciliación en **materia penal**, dada la naturaleza de la acción penal, el tipo de conflictos que dan lugar a la investigación penal, las consecuencias frente al derecho a la libertad personal que conlleva este tipo de responsabilidad y el interés público en ella involucrado, entre otros factores

⁴⁴ SAN MARTIN LARRINOA, María Begoña. Página 51: “Entre la mediación y la conciliación la frontera se alza en lo que corresponde a la posibilidad de no incorporación de terceros en el caso de la conciliación. Tercero cuya intervención resulta ineludible en la mediación”.

fiscal que corresponda, en un centro de conciliación, o ante un conciliador reconocido como tal”⁴⁵.

Por otra parte, es importante resaltar que a diferencia de lo que sucede en la mediación, la conciliación es un mecanismo, que en algunas ocasiones tiene un carácter judicial, pues se presenta como un requisito de procedibilidad, sin el cual es imposible continuar con el proceso, situación que se presenta en algunas jurisdicciones colombianas, así como en otras legislaciones tales como la española.⁴⁶

Por último haremos una breve alusión al **Incidente de reparación integral** como mecanismo de Justicia Restaurativa, según la Sentencia C-979 de 2005.

“En desarrollo de esa cláusula constitucional, el legislador reguló (Arts. 102 a 108 Ley 906/04) este mecanismo de justicia restaurativa que se inserta dentro de los cambios que el nuevo modelo de investigación y enjuiciamiento procesal penal introduce sobre la posición de la víctima dentro del proceso, la cual abandona su condición de *parte* para convertirse en un *interviniente* dentro de la actuación”⁴⁷.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 2005. M.P: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁶ “La conciliación, en ocasiones, puede tener carácter judicial y como tal está prevista en el ordenamiento jurídico de muy diversos países, entre ellos España, donde se admite expresamente en materia civil, laboral y administrativa, siendo totalmente excepcional en el ámbito penal (artículo 804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se prevé como requisito previo para la presentación de la querrela por delitos de injuria y calumnia contra particulares).”

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 2005. M.P Dr. Triviño

Si bien la misma Corte Constitucional⁴⁸ hace referencia a la posibilidad de que la víctima se involucre dentro del proceso como parte activa dentro del mismo, sin necesidad de apoderado, hasta la Audiencia Preparatoria, es claro que esta Corporación está empoderando al figura del Incidente de Reparación Integral como el momento procesal donde la víctima ejerce sus derechos.

⁴⁸ IBIDEM. Aunque las víctimas del injusto, en ejercicio de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación pueden intervenir en todas las fases de la actuación penal, sin necesidad de apoderado, hasta la audiencia preparatoria^{48[53]}, es el incidente de reparación integral, el cual se surte ante el juez de conocimiento una vez establecida la responsabilidad penal del acusado, el escenario central para la garantía de sus derechos de reparación integral y adecuada.

La reclamación de la víctima dentro del proceso penal, a diferencia de los regímenes procesales anteriores, no exige una demanda de parte civil. Es suficiente la solicitud expresa de la víctima, del fiscal o del ministerio público a instancias de aquella, para que el Juez de conocimiento, una vez ha proferido el fallo declaratorio de responsabilidad, abra de inmediato el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta punible el cual debe someterse al trámite de la audiencia oral.

La configuración que introduce el legislador sobre este mecanismo restaurador, permite al juez un amplio margen de maniobrabilidad orientado a propiciar, a esta altura del proceso, una conciliación entre víctima y sentenciado a cerca de la pretensión de reparación integral. Así, si en una primera audiencia fracasa en el propósito conciliatorio, puede convocar a una segunda audiencia para insistir en la búsqueda del acuerdo conciliatorio que ponga fin al incidente; de concretarse, se incorporará a la decisión condenatoria.

En caso contrario corresponderá al juez decidir sobre la pretensión, teniendo en cuenta las pruebas presentadas por los interesados y los argumentos expuestos a favor de sus pretensiones. La decisión se adoptará en la misma audiencia, y se incorporará a la sentencia de responsabilidad penal.

La amplia labor mediadora que se atribuye al juez en esta instancia procesal (luego del fallo condenatorio), debe estar asistida por los mismos propósitos, que alientan la justicia restaurativa en general, tales como *“atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y (a) lograr la integración de la víctima y del infractor a la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio de la comunidad”* (Art. 518 inciso 2° C.P.P.).

Aunque aplaudimos la inclusión de esta etapa en el proceso penal, parecería en la práctica que los jueces y demás intervinientes asumieran que agotado esta etapa procesal o las posibles conciliaciones que generalmente se llevan a cabo dentro de los procesos, como las únicas manifestaciones factibles para lograr el resarcimiento de los derechos de las víctimas, olvidando mecanismos como la mediación, que no en vano ha sido llamado por algunos autores como el mecanismo más idóneo para que una persona, en su calidad de víctima se sienta reparada dentro de un proceso penal.

Capítulo III- Justicia Restaurativa en Colombia. ¿Verdad o utopía?

3.1 Justicia Restaurativa. Las estadísticas.

Con la colaboración de la oficina de estadísticas de la Dirección seccional de Fiscalías de Bogotá, tuvimos la oportunidad de conocer las cifras de aplicación de la Justicia Restaurativa, después de la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004 en cuanto a Conciliación Preprocesal y mediación dentro del periodo comprendido entre los años 2005 y 2008.

ACTUACION	AÑO		
	2005-2006	2007	2008
QUERELLAS RECIBIDAS	110.032	79.261	44.634
AUDIENCIAS DE CONCILIACIÓN REALIZADAS	54.502	62.560	37.796
AUDIENCIAS CON ACUERDO	39.490	19.574	11.209
AUDIENCIAS SIN ACUERDO	15.012	13.378	16.646
CAMBIO DE COMPETENCIA DENTRO DE LA FGN	1.150	7.512	4.032
CAMBIO DE COMPETENCIA FUERA DE LA FGN	84	225	466
EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL	23.481	23.932	6.828
ARCHIVO ART. 79 C.P.P.	862	4.035	3.113

Las estadísticas nos muestran dos situaciones:

La primera es que a lo largo de la implementación de la Ley 906 de 2004, el mecanismo de Justicia Restaurativa más utilizado es la conciliación. Es un mecanismo que ha tenido acogida dentro de la Jurisdicción y que ha logrado descongestionar los juzgados.

Como segundo punto vemos que no existen estadísticas respecto de la aplicación de la mediación, pues conforme a lo que pudimos averiguar por

medio del Señor Avellaneda, la aplicación de este mecanismo ha sido tan incipiente, que ni siquiera las propias autoridades han tenido la oportunidad de hacerle seguimiento.

Aunque comparando las audiencias con acuerdo frente a las audiencias sin acuerdo, son mayoría las que han terminado satisfactoriamente, nos preguntamos ¿Por qué aquellas que han terminado sin acuerdo no han seguido el curso de la mediación?

3.2 Crítica a la aplicación de la Justicia Restaurativa en el proceso penal colombiano.

Nuestra posición es enfática al afirmar que el problema de la Justicia Restaurativa en Colombia no radica en la falta de legislación sino en la falta de implementación y correcta aplicación de la misma. Es bien sabido por todos que el proceso penal puede ser un factor generador de violencia, pues se puede convertir en un espacio de re-victimización para quienes ostentan la calidad de víctimas dentro del mismo.

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente creemos que aunque existen los mecanismos dentro del ordenamiento jurídico, específicamente dentro del proceso penal, su aplicación no ha sido del todo adecuada, pues como ya dijimos la justicia restaurativa en algunos casos es vista como un momento procesal, perdiendo de esta forma su esencia, pues se supone que esta debe estar presente durante todo el proceso penal.

Creemos que lo anterior es consecuencia de la falta de entendimiento y comprensión que hay por parte de quienes tienen la obligación de administrar justicia, pues aunque el esfuerzo por parte del Estado en cuanto a capacitación

e implementación ha sido arduo, todavía existen rezagos por parte de los funcionarios en cuanto a su nivel de preparación, además existe una excesiva carga de trabajo producto de la falta de recursos económicos de la Rama Judicial (sumado con la corrupción) y por último el olvido de figuras como la mediación.

Según el informe presentado por el Señor Carlos Andrés Avellaneda Vásquez, miembro de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá- Oficina de estadística, actualmente sólo hay 15 fiscales seccionales capacitados como mediadores y éstos no recurren a este mecanismo dado que según ellos es lento para solucionar los conflictos y por la carga de trabajo que manejan, resulta inoficioso aplicarlo, razón por la que prefieren acudir a mecanismos como la conciliación.

Adicionalmente, hemos visto que la mediación implica la existencia de un tercero moderador completamente imparcial, nos preguntamos como un sujeto procesal como el fiscal en un caso determinado puede servir de mediador, teniendo en cuenta que su labor no es otra sino ejercer la acción penal dentro del Estado.

Creemos que aunque es normal que un funcionario de la jurisdicción penal deba propender por la celeridad de los procesos y que además las etapas procesales son perentorias, en tratándose de las víctimas la labor de dichos funcionarios debe ser mucho más concienzuda, pues podría inobservarse el propósito del legislador, el cual fue darle una protección a las víctimas desde el inicio del proceso hasta final del mismo y no el simple agotamiento de etapas procesales.

Con lo anterior queremos recalcar que aunque es cierto que el proceso penal reviste unos formalismos, a las víctimas no basta sólo con nombrarlas, darles una etapa procesal y leerles unos derechos, sino que hay que guiarlas de forma integral y se debe lograr a través del proceso identificar no sólo a los responsables, sino las reales necesidades de estas personas que se han visto inmersas en situaciones desfavorables.

Como se menciona en el Capítulo II, el mecanismo más idóneo para la correcta aplicación de lo que es la justicia restaurativa es a la mediación y de acuerdo con los datos de la Fiscalía, sólo en las Fiscalías seccionales de Bogotá hay 15 personas capacitadas para llevar a cabo este procedimiento, lo que nos muestra la falta de capacitación de quienes administran justicia y la desestimación de una herramienta preponderante dentro de nuestro ordenamiento para lograr la reparación de las víctimas.

3.2 Propuesta al tratamiento de las víctimas en Colombia. El proceso penal permeado por la Justicia Restaurativa desde de una órbita integral.

Teniendo en cuenta lo desarrollado en nuestro proyecto de grado, creemos que una solución a la realidad que vive nuestro país, lo que sin lugar a dudas involucra la situación en la que se ven inmersos quienes tienen la obligación de administrar justicia, es la aplicación de la mediación dentro del proceso penal, logrando de esta forma una reparación integral a quienes ostentan la calidad de víctimas.

Afirmamos que la mediación es el camino más idóneo para la concreción de la justicia restaurativa, dado que genera una independencia e imparcialidad

que no se logra al utilizar mecanismos como el de la conciliación, por legítimo y efectivo que este sea.

La atmosfera que crea la correcta aplicación de la mediación dentro del proceso penal, posibilita que sus intervinientes satisfagan sus necesidades, de manera que las victimas tengan una real protección y esto derive en la reparación y el restablecimiento de los vínculos quebrantados, como consecuencia del hecho delictivo.

Capítulo IV- Conclusiones.

- Es claro que el legislador colombiano, con el nuevo sistema penal acusatorio busco darle un giro a la concepción que las victimas deberían tener dentro del proceso, pues el propósito fue que estas tuvieran una mayor protección, y que el proceso se concretara desde y hacia ellas.
- Estamos de acuerdo en que este planteamiento significa un avance con relación a como se han apreciado a las víctimas, pues existe ya conciencia respecto al olvido y la doble victimización que estas han venido sufriendo a lo largo del proceso. Sin embargo no es posible afirmar que hoy en día esta protección realmente se esté dando en todos los casos, pues las victimas siguen siendo atropelladas dentro del proceso penal.
- Consideramos, que aunque el objetivo consiste no solo en darle a victimas una reparación económica, en la mayoría de los casos no se aplica, pues al final del proceso lo único que reciben es una indemnización pecuniaria, dejando de lado los pilares fundamentales de la justicia restaurativa; Verdad, Justicia y Reparación. Probablemente esto se da porque hemos dejado de lado la mediación y la atmosfera de reconciliación que puede su aplicación puede propiciar.
- Lo anterior, lo interpretamos como la tergiversación de lo que debería ser la justicia restaurativa dentro del proceso penal y del propósito que tuvo el legislador, pues podría decirse que esta siendo aplicada o esta siendo circunscrita a una etapa procesal, cuando este no es el propósito.

- La importancia de la mediación gravita en “el reconocimiento voluntario de la existencia del conflicto por parte de la víctima e infractor.”⁴⁹ Este es uno de los puntos neurálgicos de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos, pues “es el punto de partida para la resolución del conflicto, aunque no hay que olvidar que este reconocimiento de la autoría, no implica que deban dejarse de valorar cuantas circunstancias concurren para modular la antijuridicidad y culpabilidad”⁵⁰.
- “Las necesidades que expresan las víctimas de la mayoría de los delitos que acaban en los tribunales, no tienen relación con la dureza del castigo que se impone al agresor, sino con el restablecimiento de todas las seguridades que estas personas han perdido por el delito. Las necesidades reales de las víctimas no suelen coincidir con las pretensiones procesales”⁵¹
- “La mediación considera las causas reales del conflicto y las consecuencias del mismo, buscando la fórmula más idónea para satisfacer las necesidades de la víctima y del infractor. Se intenta evitar, siempre que sea posible, una pena de cárcel estigmatizante que ni satisface la necesidad de la víctima de sentirse escuchada, acompañada y reparada ni del infractor de recuperar el papel social del que es despojado cuando entra en prisión, ni la de la sociedad que puede recuperar para sí ambos y pacificar la convivencia, cumpliendo con múltiples mandatos constitucionales de lograr la paz social.

⁴⁹ DOMINGO, DE LA FUENTE. Virginia en: <http://www.solomediacion.com/FitxersWeb/43330/etextovirgina.pdf>

⁵⁰ IBIDEM

⁵¹ IBIDEM

- No en vano anota Roxin “la reparación tiene efectos resocializadores ya que obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias del hecho y a asumir legítimos intereses de las víctimas”.⁵²
- Queda entonces claro que “el lugar natural de la mediación penal es la justicia restaurativa. Además, no se apuesta por una vía alternativa al proceso penal, sino un cauce complementario, pero siempre incardinado dentro del propio proceso, eso sí, reduciendo al mínimo el ámbito del derecho penal y teniendo siempre en el horizonte la función reeducadora y reinsertadora de las penas privativas de la libertad, al ser algo inherente a nuestro estado social y democrático de derecho. Se debe intentar devolver a la comunidad su protagonismo, procurando una efectiva protección y reparación a la víctima, asegurando el derecho a la integración social del infractor”⁵³.
- “La mediación puede lograr el afianzamiento de la confianza ciudadana en la imposición del derecho penal; en cuanto a la prevención integradora, genera una satisfacción de observar cómo se superan los efectos del delito y se genera un efecto pacificador de las relaciones sociales, que puede proyectarse en el resto de la sociedad”.

Existe una tendencia a limitar el proceso de mediación a los casos de delitos menos graves o a los casos de menores infractores, tal como sucedió en el trámite del proyecto de proceso penal en el Congreso de la República, sin embargo este mecanismo ha demostrado importantes resultados cuando se ha utilizado en casos graves: se comienza a

⁵² IBIDEM

⁵³ IBIDEM

observar que la confrontación con el ofensor en un ambiente seguro y controlado, con la ayuda de un mediador, devuelve a las víctimas su desaparecido sentido de estar a salvo y tener control de su propia vida. De ahí que, cada vez que se hacen programas, adviertan que un encuentro cara a cara puede ser invaluable hasta en los crímenes más horribles. A pesar de la propuesta amplia para la mediación que se hizo en el anteproyecto de Código de Procedimiento Penal⁵⁴, la decisión, desafortunada en nuestro sentir, del Congreso de La República, al debatir el proyecto, fue la de limitar la mediación al periodo procesal comprendido entre la formulación de la imputación y hasta antes del Juicio Oral y para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena, cuyo mínimo no exceda de 5 años de prisión, *siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado*. Con esta decisión se perdió, por una parte, la oportunidad de tener la mediación como el instrumento valioso que es en la búsqueda de la superación del conflicto que afecta a Colombia y, por la otra, la posibilidad de aplicar la mediación después de la condena como una forma de restablecimiento del tejido social y permitir la reconciliación víctima-victimarios⁵⁵.

⁵⁴ “En el anteproyecto de Código de Procedimiento Penal elaborado por Jaime Enrique Granados Peña, Julio Andrés Sampedro Arrubla, Juan David Riveros Barragán y Mildred Hartmann Arboleda se propuso en el artículo 477 que la mediación pudiera ser aplicada a la totalidad de las conductas punibles desde la formulación de la acusación y hasta la lectura de la acusación e igualmente luego de la condena para ser tenida en cuenta por el juez en orden a modificar la pena en la etapa de la ejecución tanto en su monto como en las condiciones de su cumplimiento”.

⁵⁵ SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. “¿QUÉ ES Y PARA QUÉ SIRVE LA JUSTICIA RESTAURATIVA?” En: http://www.justiciarestaurativa.com/Documentos/QueEs_ParaQueSirve_JR.pdf

- Si bien el Sistema Penal Acusatorio sigue siendo una novedad legislativa en nuestro país y su aplicación mejorará con el tiempo, nos atrevemos a afirmar que esto no es una excusa para la falta de aplicación de la mediación, esta es una herramienta que sin haber sido explotada puede caer en desuso y perderse como una alternativa legítima para el acercamiento de víctimas y ofensores; trayendo como consecuencia la imposibilidad de cumplir integralmente los objetivos del legislador al consagrar la Justicia Restaurativa como uno de los pilares fundamentales del proceso penal.
- Mientras no mejoren la calidad, infraestructura y presupuesto de la jurisdicción penal, no creemos posible que se concreten los presupuestos de la Ley 906 de 2004 en torno al tratamiento a las víctimas, pues no se convierten en una realidad tangible para estas los postulados de “Verdad, Justicia y Reparación.”

La Justicia Restaurativa en Colombia es una realidad. De su correcta implementación y del constante aporte que los miembros de la jurisdicción y los demás operadores jurídicos hagamos al sistema, dependerá su éxito.

Sólo a partir de una concientización de la importancia de la víctima como un ser humano al que se le han violado sus derechos y su vida tal y como la ha percibido hasta la ocurrencia del delito, lograremos que los postulados de Verdad, Justicia y Reparación permeen nuestra acongojada sociedad.

La calidad humana de nuestros funcionarios públicos es determinante, sin una correcta educación y lealtad en el ejercicio de la función pública es imposible que mejoren las condiciones en torno a la administración de justicia.

Es deber de esta Facultad fomentar en sus estudiantes el espíritu de servicio a nuestro país a través de la promoción de la función pública.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

1. BERISTAIN IPIÑA, Antonio. "Criminología, victimología y cárceles". Tomo I. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Primera Edición. Bogotá, 1996.
2. BRITTO RUÍZ, Diana. "Justicia restaurativa, una apuesta por la paz" Universitas Xaveriana (Cali) No. 32 (Jul.-dic. 2004).
3. CAHAVARRO ORTIZ, Edgar. "La justicia restaurativa [Recurso electrónico] una opción integral para el fortalecimiento de la reinserción en los procesos de paz en Colombia" Tesis (Licenciado en Ciencias Religiosas). --Pontificia Universidad Javeriana, 2006.
4. GÓMEZ VELÁSQUEZ, Gustavo. "Sistema penal acusatorio: Reflexiones jurídicas, económicas y sociales de la reforma. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana: Konrad Adenauer Stiftung. 2005.
5. GRANADOS PEÑA, Jaime Enrique; RIVEROS BARRAGÁN, Juan David; SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés; HARTMANN ARBOLEDA, Mildred. "Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal. Primera Edición. Colombia, 2003.
6. INSTITUTO VASCO DE CRIMINOLOGÍA. EGUZKILORE. "Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. N. 11 – San Sebastián, España, 1997.
7. LIRA KORNFELD, Elizabeth. "Políticas de reparación: 1990-2004". Primera Edición. Santiago de Chile; LOM Ediciones: Gobierno de

- Chile, Dirección de Bibliotecas. Archivos y Museos: Universidad Alberto Hurtado, 2005.
8. LIRA KORNFELD, Elizabeth. "Historia, política y ética de la verdad en Chile, 1891- 2001: Reflexiones sobre la paz social y la impunidad". Primera Edición. Universidad Alberto Hurtado, 2001.
 9. NARANJO MESA, Vladimiro. "Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Novena Edición. Editorial TEMIS S.A. Bogotá, 2003.
 10. ORDOÑEZ VALVERDE, Jorge. "Justicia restaurativa un modelo para construir comunidad" Criterio Jurídico Vol. 4, no. 4 (2004).
 11. PEREZ ESCOBAR, Jacobo. "Derecho Constitucional Colombiano. Séptima Edición. Editorial TEMIS S.A. Bogotá, 2004.
 12. QUIÑONES TORRES, Aída Julieta. "Modelo de justicia restaurativa [Microficha]: una aproximación en la formación de cultura social". Tesis (Magíster en estudios políticos). -- Pontificia Universidad Javeriana, 2002.
 13. SAN MARTIN LARRINOA, María Begoña. "La mediación como respuesta a algunos de los problemas jurídico criminológicos. (Del presente francés al futuro español)". Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social. 1997.

Normatividad

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. Editorial LEGIS, 2009

2. Código de Procedimiento Penal Ley 600 de 2000/ Ley 906 de 2004.
Editorial LEGIS, 2009.
3. Ley 975 de 2005.
4. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Dirección Seccional de
Fiscalías Bogotá. Oficina de Estadística.

Jurisprudencia:

1. SENTENCIA C- 228 de 2002, del 3 de abril de 2002. M.P: Dr. Manuel
José Cepeda Espinosa y Doctor Eduardo Montealegre Lynett.
2. SENTENCIA C-979 del 26 de septiembre de 2005. M.P: Dr. Jaime
Córdoba Triviño.

Internet:

1. www.justiciarestaurativa.com
2. <http://www.google.com.co/search?hl=es&q=definicion+de+victima&meta=cr%3DcountryCO>
3. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. En:
<http://www.solomediación.com/FitxersWeb/43330/etextovirginia.pdf>
4. ESCOLAR CAPELLA, Claudia. "La Justicia Restaurativa en el ámbito
penal: Jurisprudencia de la Corte Constitucional. En:
<http://www.restorative-justice-colombia.org/pages/article.php?l=es&id=9>

5. GILMAN, Eric. "What is restorative Justice?" En:
<http://www.justiciarestaurativa.com/Documentos/What%20is%20restorative%20justice.pdf>
6. MACHADO VILLA, Javier. Justicia Restaurativa e inimputabilidad Penal.
7. SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. "¿QUÉ ES Y PARA QUÉ SIRVE LA JUSTICIA RESTAURATIVA?" En:
http://www.justiciarestaurativa.com/Documentos/QueEs_ParaQueSirve_JR.pdf
8. BRIGHT, Christopher. "QUÉ ES LA JUSTICIA RESTAURATIVA". En:
<http://www.justiciarestaurativa.com/Documentos/JusticiaRestaurativa.pdf>