

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL**

Monografía jurídica:
HACIA EL ARBITRAJE DE CAUSAS PENALES EN COLOMBIA

Autor:
JAVIER DARÍO CORONADO DÍAZ

Director:
JUAN DAVID RIVEROS BARRAGÁN

Bogotá, D.C. marzo de 2013

NOTA DE ADVERTENCIA

“Resolución No. 13 de Julio de 1946, artículo 23: La universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos 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.”

AGRADECIMIENTO

Además de agradecer al doctor Juan David Riveros Barragán, pues esta monografía no se habría conseguido sin su dirección y apoyo incondicional, el autor hace pública su gratitud a los doctores Julio Andrés Sampedro Arrubla y Daniel Pulecio Boek, quienes también contribuyeron con el desarrollo del escrito.

RESUMÉN

El presente estudio explica que, actualmente, no es posible iniciar arbitrajes con el propósito de resolver sobre la responsabilidad penal de los asociados. Sin embargo, demuestra que el impulso del mecanismo en comento, en estas materias, obraría en procura del derecho al acceso efectivo a la administración de justicia y se compadecería con algunos paradigmas que caracterizan el ordenamiento jurídico colombiano. En ese sentido, expone qué normas tendrían que ser modificadas para el efecto y cómo podría articularse el arbitraje con el procedimiento previsto en las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004.

PALABRAS CLAVE

Justicia Penal. Justicia Restaurativa. Arbitraje.

Monografía jurídica:

HACIA EL ARBITRAJE DE CAUSAS PENALES EN COLOMBIA

Autor:

JAVIER DARÍO CORONADO DÍAZ

Director:

JUAN DAVID RIVEROS BARRAGÁN

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	13
2. LA JURISDICCÓN PENAL COLOMBIANA.....	17
2.1. Objeto y composición.....	17
2.2. Algunas problemáticas	20
3. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN COLOMBIA.....	24
3.1. Aproximación al paradigma restaurativo	24
3.2. Articulación con el proceso penal colombiano	26
a. La conciliación preprocesal.....	28
b. La conciliación en el incidente de reparación integral.....	29
c. La mediación.....	30
4. ARBITRAJE NACIONAL	35
4.1. Noción	35
4.2. Arbitrabilidad de las disputas	39
4.3. Características.....	42
4.4. Principios que orientan el proceso arbitral	43
4.5. Ventajas del arbitraje	46
5. ¿ES POSIBLE ARBITRAR CAUSAS PENALES?.....	48
5.1. La respuesta internacional	48
5.2. El caso colombiano.....	51
5.2.1. El Tribunal Arbitral es constituido para resolver sobre la existencia y cuantía de los perjuicios causados a la víctima, y sobre las medidas de reparación que el victimario debe adoptar.....	54
5.2.2. El Tribunal Arbitral es constituido con el propósito de juzgar al investigado	60
6. FUNDAMENTOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL ARBITRAJE SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL	62
6.1. El árbitro nacional es autoridad jurisdiccional	65
6.2. Los particulares pueden ser destinatarios de funciones determinantes, al interior del proceso penal	68
6.3. La participación de la víctima y el victimario en la solución del conflicto penal	70
7. ¿CÓMO IMPLEMENTAR EL ARBITRAJE SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL?	72
7.1. Articulación con el proceso penal ordinario.....	72
7.2. El proceso de reforma constitucional y legislativa	79
8. CONCLUSIONES	81

ANEXO: PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO Y DE LEY, TENDIENTES A INSTAURAR EL ARBITRAJE DE CAUSAS PENALES EN COLOMBIA	87
1. Proyecto de Acto Legislativo “Por el cual se reforma el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia”	87
2. Proyecto de Ley “Por la cual se desarrolla el párrafo 1° del artículo 116 de la Constitución Política”	87
BIBLIOGRAFÍA	94

1. INTRODUCCIÓN

La justicia estatal no es perfecta. Éste postulado motivó la aparición del *Movimiento a favor de la Resolución Alternativa de Conflictos*, escuela de estudios forjada a partir de los años sesenta y setenta del siglo pasado, que propugnó por el uso y desarrollo de mecanismos para sublimar los conflictos, diferentes del aparato jurisdiccional¹. Según aludían sus exponentes, los altos costos de litigar en el escenario estatal, las dilaciones injustificadas de los procesos ordinarios y la imposición de funcionarios no aptos para resolver los conflictos, alertaban sobre la necesidad de re-descubrir mecanismos como la conciliación, la mediación y el arbitraje².

Los planteamientos del movimiento fueron acogidos y, con el paso del tiempo, el uso de mecanismos alternativos fue implementado con vigor en asuntos civiles, comerciales y laborales³. No ocurrió lo mismo en materia penal, posiblemente porque era difícil comprender cómo los particulares podían reunirse para resolver un litigio que ya no era de su incumbencia. En efecto, con el fortalecimiento del estado moderno, el conflicto penal fue expropiado de sus afectados directos, en primer lugar, pues pasó a manos de “...un juez imparcial que somete a prueba los hechos y gradúa la sanción de acuerdo con la gravedad de la lesión...”⁴; y, en segundo lugar, porque el conflicto empezó ser sublimado a través de procedimientos estandarizados, administrados por funcionarios y abogados “...extraños a la situación, capaces profesionalmente de dar respuestas incomprensibles...”⁵.

En gracia de síntesis, el perjudicado por el delito se había convertido en un mero observador de la actuación estatal, el victimario en “...un objeto para el estudio,

manipulación y control..."-traducción libre-⁶; y, en general, el conflicto se había transformado en "...una vulneración a un bien (abstracción) protegido por el Estado..."⁷. Lo anterior, debido tanto a razones honorables como a razones no tan honorables: "...las honorables tienen que ver con la necesidad estatal de reducir los conflictos y de proteger a la víctima. Es más que obvio. Pero así también lo es la no tan honorable tentación del estado, o del emperador, o quien detente el poder, de utilizar los casos criminales para fines personales..."-traducción libre-⁸.

Sin embargo, el renacimiento de la víctima y sus derechos en el marco del proceso penal, el fracaso de la política resocializadora, el efecto estigmatizador de la prisión, las teorías abolicionistas y, en general, la crisis del modelo de justicia cuya finalidad exclusiva era castigar la violación de las prohibición estatales (modelo retributivo), llevaron a la difusión mundial de un paradigma que le devuelve el protagonismo a la víctima y al victimario, al momento de sublimar el conflicto penal: la Justicia Restaurativa⁹.

Dicha forma de reacción al delito, utiliza procesos en los que "*...las víctimas, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador..."*¹⁰. Lo anterior, con el propósito de lograr un acuerdo "*...cuyo contenido sea la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes en el conflicto y a lograr la reintegración de las víctimas y el delincuente"*¹¹.

El culmen del proceso de difusión fue la Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC), donde el organismo reconoció que “...*este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa, permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad, y posibilita a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia*”¹². Además, la Resolución instó a los Estados Miembros de Naciones Unidas a que adoptaran estrategias y políticas “...*encaminadas al desarrollo de la justicia restaurativa y a la promoción de una cultura propicia para la utilización de la justicia restaurativa...*”¹³.

En adelante, la comunidad internacional se comprometió con el desarrollo y/o fortalecimiento de los mecanismos de Justicia Restaurativa¹⁴. Colombia no fue la excepción, pues consagró el deber de desarrollar programas de justicia restaurativa mediante el Acto Legislativo No. 3 de 2002 y, en segundo lugar, destinó un acápite para reglar la materia al interior del nuevo Código de Procedimiento Penal (Libro VI de la ley 906 de 2004)¹⁵

De esta manera, fueron sentadas las bases para implementar soluciones alternativas a la vía estatal en los asuntos penales y, por esa vía, empezó a cobrar importancia el estudio acerca de si los mecanismos que habían sido promovidos en otras materias podrían ser utilizados para resolver el conflicto entre la víctima y el victimario. En ese sentido, no es de extrañar que éste escrito examine la posibilidad de adelantar arbitrajes en materia penal y valorar la conveniencia de implementar dicho procedimiento.

El presente estudio busca denotar que el impuso del arbitraje en materia penal podría contribuir a la solución de algunas problemáticas que presenta la administración de justicia colombiana en lo penal, como la desconfianza de la población en las determinaciones y la existencia de jueces no doctos en las normas sustanciales y adjetivas; y, en todo caso, obraría en procura del derecho de acceso efectivo a la administración de justicia de los sujetos procesales e intervinientes especiales dentro del proceso penal.

Con tal propósito, el escrito estará dividido en dos ejes: uno descriptivo y otro reflexivo. En el primero, hará exposición de las temáticas relevantes para desarrollar la hipótesis descrita atrás y, en ese sentido, se referirá al objeto de la jurisdicción penal y los órganos que administran justicia en éstos asuntos, así como a los problemas que caracterizan el ejercicio de dicha función (Capítulo 2). Además, el escrito ahondará en la noción de la Justicia Restaurativa y en los mecanismos previstos por el ordenamiento colombiano para su puesta práctica (Capítulo 3); y estudiará el arbitraje en su definición, características, principios orientadores y ventajas, además de las materias que pueden ser sometidas al procedimiento arbitral (Capítulo 4).

Culminado el desarrollo teórico descrito en líneas anteriores, el presente estudio iniciará su acápite reflexivo. De esta manera, en primera instancia, resaltaré los motivos por los cuales, en Colombia, no es posible conducir arbitrajes con la finalidad de resolver sobre la responsabilidad penal de los asociados, sin perjuicio de que también hará alusión a la respuesta internacional en la materia (Capítulo 5). A continuación, el escrito pondrá de presentes las razones que aconsejan el uso de dicho mecanismo en materia penal y los

paradigmas que facilitarían su implementación en Colombia (Capítulo 6). Por último, buscará resolver cómo podría articularse el arbitraje con el trámite previsto por las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, y definir qué normas tendrían que ser modificadas, en caso de iniciar una reforma para introducir el arbitraje sobre la responsabilidad penal (Capítulo 7).

2. LA JURISDICCIÓN PENAL COLOMBIANA

2.1. Objeto y composición

El artículo 29 de la ley 906 de 2004 define que la jurisdicción penal se encarga de “...*la persecución y el juzgamiento de los delitos cometidos en el territorio nacional, y los cometidos en el extranjero en los casos que determinen los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia y la legislación interna*”¹⁶. Así pues, para conocer el alcance de la justicia en estas materias, basta con una lectura de la citada disposición, acompañada de las normas sustanciales que definen cuando se configura el delito (artículo 9º del Código Penal) y en qué casos los jueces colombianos conocen de los punibles cometidos fuera del territorio nacional (artículos 15 y 16 del Código Penal).

Con todo, en el parecer del presente escrito, la noción del citado artículo merece dos observaciones. En primer lugar, la justicia penal no se encarga de enjuiciar la totalidad de los delitos, pues algunas conductas son conocidas por jurisdicciones especiales, como la militar y la indígena¹⁷; y otras jamás son procesadas, luego de verificarse alguno de los fenómenos que extinguen la persecución penal¹⁸.

En segundo lugar, no todas las autoridades que imparten justicia, en estas materias, tienen la función de perseguir y juzgar el delito. Al respecto, se recuerda que los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad son órganos de la jurisdicción penal (numeral 7° del artículo 31 de la ley 906 de 2004), pese a que no definen, en manera alguna, sobre la responsabilidad penal de los asociados. Lo anterior, pues su función es garantizar los derechos del condenado y tramitar las solicitudes efectuadas durante el término de ejecución de la pena¹⁹.

Similar consideración cabe respecto de los juzgados que ejercen la función de control de garantías, quienes forman parte de la jurisdicción penal (artículos 31 y 39 de la ley 906 de 2004), pese a que no se encargan de resolver sobre la existencia del punible, sino de velar por el respeto de los derechos constitucionales, en desarrollo de las audiencias descritas en los artículos 152 y 154 de la misma normativa (audiencias preliminares)²⁰. Esto, a excepción de cuando controlan la aplicación del principio de oportunidad, pues dicha función exige una verificación de que los hechos investigados revistan las características del delito²¹.

En lo que respecta a la integración de la jurisdicción ordinaria, en materia penal, nuevamente la ley 906 de 2004 contempla una norma en la materia. En efecto, el artículo 31 señala que ésta se encuentra conformada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Juzgados Penales de Circuito Especializados, los Juzgados Penales de Circuito, los Juzgados Penales Municipales, los Juzgados Promiscuos cuando resuelven asuntos de carácter penal, los Juzgados de Ejecución de penas y Medidas de Seguridad y los jurados en las causas

criminales, en los términos que determine la ley. Así mismo, la norma define que, en ciertos eventos, forman parte de la jurisdicción penal, el Congreso de la República, la Fiscalía General de la Nación y “...las autoridades judiciales que excepcionalmente cumplen funciones de control de garantías”²².

A pesar de la claridad de la norma, nuevamente conviene presentar algunas consideraciones. Así pues, en primer lugar, es preciso advertir que, a la fecha, no se ha implementado la posibilidad de que los particulares sean investidos de la función de administrar justicia, como jurados, en las causas penales.

En segunda instancia, según la norma, forman parte de la jurisdicción penal las autoridades que, de forma excepcional, cumplen funciones de control de garantías, pero ¿en qué hipótesis ocurre esto?. Pues bien, se trata del fenómeno descrito en el inciso 3° del artículo 39 de la ley 906 de 2004: “Cuando el acto sobre el cual deba ejercerse la función de control de garantías corresponda a un asunto que por competencia esté asignado a juez penal municipal, o concurra causal de impedimento y solo exista un funcionario de dicha especialidad en el respectivo municipio, la función de control de garantías deberá ejercerla otro juez municipal del mismo lugar sin importar su especialidad o, a falta de este, del municipio más próximo”²³.

En tercer lugar, el artículo bajo estudio reconoce que, en determinadas oportunidades, el Congreso de la República dirime causas penales. En efecto, según el artículo 175 de la Carta Política, previa acusación de la Cámara de Representantes, el Senado puede enjuiciar si los servidores mencionados en el artículo 174 de igual normatividad cometieron delito²⁴,

e imponer la pena de destitución del empleo o la privación temporal o permanente de los derechos políticos. Esto, sin perjuicio de que al reo le siga juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia “...si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena...”²⁵.

Por último, si bien el parágrafo 2º de la disposición examinada señala que la Fiscalía General de la Nación puede ejercer ciertas funciones judiciales, es prudente resaltar que, al interior del sistema procesal desarrollado por la ley 906 de 2004, los actos del ente acusador “...no son jurisdiccionales sino de investigación, con excepción de aquellos que impliquen restricción de los derechos fundamentales de las personas, los cuales deben ser en todo caso controlados por el juez de garantías...”²⁶.

Así pues, la salvedad que introduce el parágrafo se justifica porque la Fiscalía puede adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones (artículo 250 de la Constitución Política)²⁷. Sin embargo, la determinación sobre la responsabilidad penal del investigado sólo puede ser adoptada por los Jueces de la República²⁸, y toda actuación diferente de las mencionadas y que implique afectación de derechos fundamentales debe estar precedida de una autorización por parte del Juez de Control de Garantías²⁹.

2.2. Algunas problemáticas

Desde el comienzo de la implementación del Sistema Penal Acusatorio en Colombia, posiblemente la entidad que se ha ocupado de evaluar con mayor detenimiento la

realización de los objetivos de la reforma, ha sido la Corporación Excelencia en la Justicia (en adelante “la Corporación”)³⁰. La referida institución fue creada el 28 de agosto de 1996 y es una organización privada, sin ánimo de lucro, que agrupa diferentes actores de la sociedad civil (profesionales independientes, agremiaciones, centros universitarios y de investigación y empresas del sector productivo) y que “...promueve y hace seguimiento a políticas públicas; fomenta el control ciudadano y exige rendición de cuentas al sector justicia; estimula y resalta las buenas prácticas y el mejoramiento del servicio público de la justicia y la educación al ciudadano...”³¹.

A finales del año 2010, la Corporación presentó el balance sobre los primeros cinco años de funcionamiento del sistema penal acusatorio y que, en términos generales, concluyó que “...el sistema no había colapsado, pero que podía hacerlo si no se adoptaban medidas de choque para superar las causas que habían afectado el cumplimiento de los objetivos de la reforma...”³². Lo anterior, a partir de información reportada por las entidades que participan del sistema, de mesas de trabajo adelantadas con autoridades y académicos, así como de estudios emprendidos por organizaciones nacionales e internacionales.

Si bien es cierto que buena parte del documento se destina a advertir deficiencias en la gestión de la Fiscalía General de la Nación, éste también denota problemáticas referidas al aparato jurisdiccional. Tales deficiencias son presentadas a continuación, toda vez que, como se verá más adelante, pueden ser atacadas con la implementación del arbitraje en causas penales.

En ese sentido, en primer lugar, la Corporación se refiere a la insuficiente capacitación de los funcionarios que intervienen en el sistema penal acusatorio³³, y la consiguiente necesidad de adoptar medidas como “...fortalecer el componente práctico de los programas de capacitación...”³⁴ y como “...actualizar los programas de capacitación a las nuevas realidades que enfrenta el sistema...”³⁵.

Así mismo, al momento de evaluar la calidad de las decisiones judiciales, entre otros aspectos, el informe señala “...el insuficiente ejercicio de poderes de dirección y corrección por parte de los jueces...”³⁶. Además, se refiere a una posible insatisfacción de la ciudadanía con las decisiones judiciales, posiblemente causada por la materialización del garantismo que inspiró el sistema penal acusatorio, pero también por “...errores en el procedimiento causados, no por la norma, sino por su inadecuada aplicación por parte de los servidores judiciales...”³⁷.

En febrero de 2012, la misma institución presentó un boletín de actualización de su balance, donde son reiteradas algunas de las problemáticas mencionadas atrás. Cuando el documento se refiere a la duración de las audiencias, como causa de la ineficiente gestión de las mismas, alude a la necesidad de que se fortalezca la capacitación de los actores y, específicamente, la de los jueces como directores del proceso³⁸. Igualmente, presenta algunas encuestas sobre confianza en el sistema penal, que advierten la sensación de inseguridad existente en la comunidad colombiana, frente a las determinaciones de la jurisdicción penal, a pesar de los avances paulatinos en la materia.

En ese sentido, se refiere a las encuestas de la *Red de ciudades cómo vamos*³⁹, aplicadas en Bogotá D.C, Ibagué, Cali, Barranquilla y Medellín, donde se evidencia que sólo una minoría de la población opina que la justicia ayuda “mucho” a reducir la criminalidad⁴⁰ y que, de hecho, en ciudades como Bogotá D.C e Ibagué la mayoría sostiene que la justicia ayuda “poco”⁴¹. Pero además, tales encuestas resaltan que la generalidad de la población considera que la probabilidad de que un delito sea sancionado es baja o muy baja⁴².

Igualmente, el documento replica el informe de 2011 de *World Justice Project* sobre el cumplimiento de los objetivos del Estado de Derecho en Colombia, realizado con base en encuestas aplicadas en Bogotá, Medellín y Cali⁴³. Dicho estudio le otorga a Colombia una calificación de 0,43 sobre una escala de 1,0 al momento de evaluar la confianza en la efectividad de la justicia penal⁴⁴. Lo anterior, a partir de la evaluación de los siguientes ‘subfactores’⁴⁵:

Puntaje	Sub-factor
0,36	Efectividad en la investigación de crímenes
0,37	Oportunidad y efectividad de las decisiones judiciales
0,23	Efectividad del sistema penitenciario para reducir el comportamiento criminal
0,3	Imparcialidad del sistema de justicia
0,56	Libertad del sistema de justicia respecto de influencias indebidas
0,64	Libertad del sistema respecto de la influencia del gobierno
0,55	Respeto por el debido proceso de los acusados

Partiendo de las anteriores consideraciones, con relación a Colombia, *World Justice Project* concluye que “...*el sistema judicial es independiente y libre de influencias indebidas, y es uno de los (países) con mayor acceso y disponibilidad en la región. Sin embargo, se encuentra afectado por las demoras y falta de efectividad en la investigación y juzgamiento de los crímenes*” -traducción libre-⁴⁶. Igualmente, al momento de evaluar la efectividad de la justicia criminal, asegura que el país ocupa el puesto número 49 en el ranking global (sobre un total de 66 estados evaluados) y el puesto número 6 en el ranking regional (sobre un total de 12 estados evaluados)⁴⁷.

Vistos los hallazgos de la Corporación Excelencia en la Justicia, es posible concluir que existen, a lo menos dos falencias en la operatividad práctica de la jurisdicción penal. En primer lugar, a menudo por problemas de capacitación, no todos los jueces son doctos en la aplicación de las normas adjetivas. Además, se evidencia una importante desconfianza de la ciudadanía en las decisiones judiciales y, específicamente, en las determinaciones que ponen fin a la actuación penal.

3. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN COLOMBIA

3.1. Aproximación al paradigma restaurativo

El modelo restaurativo puede ser definido por oposición a otro tipo de respuestas sociales frente a la ocurrencia del delito. En efecto, existen reacciones con enfoque punitivo o retributivo, cuya finalidad es mantener la vigencia de las normas de conducta, sin

consideración a las necesidades físicas y emocionales de los afectados por el conflicto. Igualmente, el delito puede ser enfrentado con enfoques permisivos o rehabilitadores, donde se justifica el obrar del delincuente; así como con indiferencia o con absoluta pasividad. Por su parte, la vista restaurativa es la única que “...confronta y desaprueba los delitos al tiempo que ratifica el valor intrínseco de los delincuentes...”⁴⁸.

De esta manera, 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...”⁴⁹. Así pues, éste paradigma comprende al delito como una “...ruptura de las relaciones humanas y sociales antes que como violación de la ley...”⁵⁰ y, en consecuencia, busca “...recomponer lazos humanos y sociales rotos, en vez de castigar y provocar nuevas rupturas...”⁵¹; lo anterior, a través de espacios donde los involucrados se reúnen para compartir sus sentimientos.

Es difícil determinar con exactitud el momento o lugar en los que se originó la Justicia Restaurativa, pues es sabido que “...Las formas tradicionales y autóctonas de justicia consideraban fundamentalmente que el delito era un daño que se hacía a las personas y que la justicia restablecía la armonía social ayudando a las víctimas, los delincuentes y las comunidades a cicatrizar las heridas...”⁵². Con todo, podría sugerirse que, en las últimas décadas, la difusión de este modelo fue ocasionada por el renacimiento de la víctima y sus derechos en el marco del proceso penal, el fracaso de la política resocializadora y el efecto estigmatizador de la prisión, las teorías abolicionistas, los

movimientos a favor de la resolución alternativa de conflictos y, en general, por la crisis del modelo de justicia habitual⁵³.

Así pues, la Justicia Restaurativa se materializa en procedimientos con las siguientes características: “...a) *el protagonismo y la participación de las partes en la expresión de sus necesidades y la adopción de compromisos; b) la facilitación de un dialogo ordenado pero con contenido emocional; c) la aspiración a hallar una solución asumida por todas las partes en la que se establezcan las condiciones de la situación que debe suceder al conflicto...*”⁵⁴.

Por último, conviene advertir que la implementación de procedimientos de Justicia Restaurativa no descarta la actuación de la jurisdicción penal. En efecto, existen eventos donde tales mecanismos no pueden adelantarse y, por ende, le compete al estado resolver el conflicto ocasionado por el delito (V.gr. el delincuente o la víctima no están dispuestos a dialogar). Además, las medidas restaurativas pueden complementar el proceso penal, bien porque son adelantadas de forma paralela o bien porque se encuentran articuladas dentro del trámite⁵⁵.

3.2. Articulación con el proceso penal colombiano

Mediante la Resolución 2002/12, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) presentó los *Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal*. Lo anterior, luego de advertir que en el mundo entero habían aumentado las iniciativas en materia de justicia restaurativa y que “...este enfoque da a las

víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa, permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad, y posibilita a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia”⁵⁶.

La Resolución presenta una serie de definiciones relevantes para la comprensión de la Justicia Restaurativa. En ese sentido, afirma que “Programa de Justicia Restaurativa” es aquel que utiliza procesos en los que “...las víctimas, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador...”⁵⁷ (Procesos Restaurativos) y donde se busca “...un acuerdo alcanzado como consecuencia de un proceso restaurativo cuyo contenido sea la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes en el conflicto y a lograr la reintegración de las víctimas y el delincuente” (Resultado Restaurativo)⁵⁸.

Además, el documento insta a los Estados Miembros de Naciones Unidas a que adopten estrategias y políticas “...encaminadas al desarrollo de la justicia restaurativa y a la promoción de una cultura propicia para la utilización de la justicia restaurativa...”⁵⁹. Esto, siempre que los adelantos en la materia se encuentren reglados por normas respetuosas de los principios que la misma Resolución enuncia y que, en lo medular, buscan salvaguardar los derechos de quienes intervienen en los procedimientos

restaurativos, al tiempo que reglar su articulación con el aparato jurisdiccional de los países.

En Colombia, con la expedición del Acto Legislativo No. 3 de 2002, la invitación presentada por la Resolución fue honrada, pues la reforma consagró el deber de desarrollar mecanismos de justicia restaurativa (numeral 7° del artículo 250 de la Constitución Política); y, a raíz de lo anterior, la ley 906 de 2004 destinó un acápite completo a la materia (el Libro VI)⁶⁰.

Así pues, el artículo 518 de la ley 906 de 2004 incorpora la definición de programa de justicia restaurativa citada en líneas anteriores, así como los postulados que, según el instrumento de Naciones Unidas, deben orientar los mecanismos restaurativos (artículos 519 y 520). Además, la normativa regula tres procedimientos que, en su artículo 521, califica como “de justicia restaurativa” y que se exponen a continuación.

a. La conciliación preprocesal.

En general, la conciliación puede ser definida como “...una especial institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociada de un conflicto jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal, perteneciente a la rama judicial o a la administración, y excepcionalmente de particulares”⁶¹; y encuentra su regulación genérica en la ley 640 de 2001.

El artículo 522 de la ley 906 de 2004 consagra dicho mecanismo como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal para los delitos querellables y, en consecuencia, debe ser intentada por el Fiscal encargado de la investigación o por un conciliador reconocido como tal⁶². Igualmente, aclara que, en caso de acuerdo, la Fiscalía debe proceder al archivo de las diligencias; en el evento de inasistencia injustificada del querellante, se entiende que éste desiste de su pretensión; y, por último, cuando el querellado se ausenta de la diligencia o si ambas partes se hacen presentes y la conciliación fracasa, el ente acusador debe continuar con el trámite (sin perjuicio de que, con posterioridad, intenten un nuevo procedimiento restaurativo).

Es prudente advertir que, en providencia del 9 de septiembre de 2009, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estudió las finalidades de la justicia restaurativa y aseguró que “...*Si uno de los mecanismos a través de los cuales opera esta figura, es la conciliación preprocesal, y las partes acuden a ese escenario con miras a lograr un acuerdo conciliatorio para superar el conflicto en el que se encuentran involucradas, surge incuestionable que si el querellado no cumple con lo pactado, no hay opción distinta a la de continuar con el ejercicio de la acción penal*”⁶³

b. La conciliación en el incidente de reparación integral.

Una vez en firme la sentencia condenatoria y previa solicitud expresa de la víctima, del Fiscal o del Ministerio Público, inicia el incidente de reparación integral, entendido como la fase del procedimiento encaminada a determinar los perjuicios que fueron causados a la

víctima, así como a estimar las medidas que deben ser adoptadas por el procesado (artículo 102 de la ley 906 de 2004).

Pues bien, el Código de Procedimiento Penal prevé que “...admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del condenado y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará termino al incidente. En caso contrario el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse, el sentenciado deberá ofrecer sus propios medios de prueba...” (artículo 103); y que “El día y hora señalados el juez, la cual iniciará con una invitación a los intervinientes a conciliar...”(artículo 104). De esta manera, la legislación patria contempla que, al interior del incidente de reparación integral, la conciliación entre víctima y victimario debe intentarse, a lo menos, en tres oportunidades.

c. La mediación.

Según el artículo 523 del Código de Procedimiento Penal, se trata de “...un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta”⁶⁴. Así pues, víctima y victimario pueden llegar a un acuerdo sobre el resarcimiento de los perjuicios, que puede involucrar la realización o abstención de determinada conducta, prestación de servicios a la comunidad o pedimento de disculpas (inciso 2° de la disposición).

El procedimiento es iniciado a través de una solicitud de la víctima o del imputado o acusado ante el juzgador o el fiscal encargado (artículo 525), que puede presentarse desde la formulación de la imputación y antes del inicio del juicio oral (artículo 524). Según los artículos 525 y 526 del Código de Procedimiento Penal, en caso de acuerdo, se excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral; y, en el ámbito del proceso penal, éste puede dar lugar a la extinción de la acción penal por aplicación del principio de oportunidad (en los delitos cuyo mínimo de pena no exceda de 5 años de prisión); o puede justificar beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena (en los delitos con pena superior a los 5 años de prisión).

En todo caso, tal y como lo hizo la sentencia C-979 de 2005 de la Corte Constitucional, es prudente advertir que “...*el ámbito y las posibilidades de la aplicación de la justicia restaurativa no se agota en esas tres modalidades....la justicia restaurativa, en términos universales, es mucho más amplia en posibilidades*”⁶⁵. De esta manera, al interior del proceso penal, es posible que se desarrollen mecanismos que se ajustan a la definición contemplada en el artículo 518 de la ley 906 de 2004, pese a no estar regulados en el Libro VI de la misma normatividad.

Por vía de ejemplo, la aplicación del principio de oportunidad, por verificarse el cumplimiento de las condiciones impuestas en la suspensión del procedimiento a prueba (artículos 325 y siguientes de la ley 906 de 2004), puede ser concebida como un mecanismo de justicia restaurativa. En ese sentido, conviene recordar que el imputado o acusado, hasta

antes de la audiencia de juicio oral, puede solicitar al ente acusador que suspenda la persecución penal (por un período que no puede superar los tres años), con el propósito de cumplir con un plan de reparación del daño, que pueden consistir en “...*la mediación con las víctimas, en los casos en que ésta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación, simbólica, en la forma inmediata o a plazos, **en el marco de la justicia restaurativa...***” (subraya y negrilla fuera del texto original)⁶⁶.

El Fiscal, a su turno, modifica o aprueba el plan de reparación “...*conforme a los principios de justicia restaurativa...*”⁶⁷ y determina que el procesado cumpla alguna o varias de las condiciones contempladas en el artículo 326 de la ley 906 de 2004. Como podrá advertir el lector, la mayoría de las medidas contempladas por la norma procuran un resultado restaurativo, pues buscan satisfacer las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes, así como a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad:

- “1. Residir en un lugar determinado e informar al fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo.
2. Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas.
3. Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad.
4. Someterse a un tratamiento médico o psicológico.
5. No poseer o portar armas de fuego.
6. No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves.

7. La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley.
8. La realización de actividades en favor de la recuperación de las víctimas.
9. La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento.
10. La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.
11. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.
12. La dejación efectiva de las armas y la manifestación expresa de no participar en actos delictuales.
13. Durante el período de prueba el imputado deberá someterse a la vigilancia que el fiscal determine sin menoscabo de su dignidad”⁶⁸.

De esta manera, una vez el imputado o acusado cumplen a cabalidad con el plan de reparación y, en general, con las medidas señaladas por la Fiscalía, ésta puede renunciar a la persecución penal. Lo anterior, sin perjuicio de que la decisión del ente acusador debe ser controlada, de forma obligatoria y automática, por el Juez de control de garantías, quien cita a una audiencia para que la víctima y el Ministerio Público pueden manifestar sus objeciones (artículo 327 de la ley 906 de 2004).

Igualmente, a manera de ejemplo de las manifestaciones de la justicia restaurativa diferentes de las reguladas en el Libro VI del Código de Procedimiento Penal, puede traerse aquí el decreto de la cesación del procedimiento, con base en acuerdos resarcitorios posteriores al juicio oral. Al respecto, conviene recordar que, a través de la sentencia del 13

de abril de 2011 (proceso 35946), la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia autorizó a los jueces de la república para que, al interior de los procesos penales gobernados por la ley 906 de 2004, decretaran la terminación del proceso con base en el artículo 42 de la ley 600 de 2000:

ARTICULO 42. INDEMNIZACION INTEGRAL. En los delitos que admiten desistimiento, en los de homicidio culposo y lesiones personales culposas cuando no concurra alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 110 y 121 del Código Penal, en los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, en los delitos contra los derechos de autor y en los procesos por los delitos contra el patrimonio económico, la acción penal se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado.

Se exceptúan los delitos de hurto calificado, extorsión, violación a los derechos morales de autor, defraudación a los derechos patrimoniales de autor y violación a sus mecanismos de protección.

La extinción de la acción a que se refiere el presente artículo no podrá proferirse en otro proceso respecto de las personas en cuyo favor se haya proferido resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación por este motivo, dentro de los cinco (5) años anteriores. Para el efecto, la Fiscalía General de la Nación llevará un registro de las decisiones que se hayan proferido por aplicación de este artículo.

La reparación integral se efectuará con base en el avalúo que de los perjuicios haga un perito, a menos que exista acuerdo sobre el mismo o el perjudicado manifieste expresamente haber sido indemnizado.

La providencia se produjo con ocasión de un caso donde, en el periodo comprendido entre el fallo condenatorio y la decisión del recurso extraordinario de casación, la víctima y el victimario llegaron a un acuerdo sobre los perjuicios a indemnizar, el segundo cumplió con lo pactado y la primera solicitó a la Corte que terminara con el proceso penal. Como fundamento jurídico, la sentencia tuvo el principio de favorabilidad de la ley penal y, lo que es de importancia aquí, la materialización de la Justicia Restaurativa. Así pues, la Corte sostuvo que “...*la aplicación de esta figura en las condiciones reseñadas, no sólo no pervierte la naturaleza del sistema acusatorio, sino que político criminalmente se ajusta a sus necesidades y a la voluntad del legislador al implementarlo. Ello se refleja porque resulta compatible con el modelo de justicia restaurativa inmerso en el sistema acusatorio...*”⁶⁹.

4. ARBITRAJE NACIONAL

4.1.Noción

El artículo 1° del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012) define el arbitraje nacional como “...*un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice*”⁷⁰. Toda vez que no interesa al presente

escrito adelantar un estudio sobre la evolución patria del concepto, en este punto, serán analizados los elementos que integran la citada noción.

En primer lugar, la norma sostiene que el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos. De esta manera, el procedimiento bajo estudio supone que, en principio, la disputa sea resuelta sin intervención de la justicia estatal, tal como la mediación o la conciliación⁷¹. Pero, ¿cómo diferenciar el arbitraje de otros mecanismos alternativos de solución de conflictos?.

Para resolver el anterior interrogante, podría decirse que, a diferencia de otros mecanismos alternativos, el arbitraje concluye con la decisión de un tercero, que es ejecutable conforme a derecho. En efecto, el panorama de tales procedimientos puede sintetizarse en cuatro categorías: i) la negociación, donde las partes dirimen la controversia sin asistencia de un tercero; ii) los procedimientos en los que participa un tercero neutral para asistir a las partes, sin que su decisión sea ejecutable, como la conciliación y la mediación; iii) los procedimientos que terminan con una decisión que es provisionalmente vinculante, conocidos como Paneles de Adjudicación de Controversias; y iv) aquellos que concluyen con una determinación vinculante, como el arbitraje⁷².

En este punto conviene mencionar que el laudo arbitral puede resolver la diferencia con fundamento en el ordenamiento jurídico (arbitraje en derecho), en el sentido común o la equidad (arbitraje en equidad), o en los especiales conocimientos del árbitro sobre determinada ciencia, arte o profesión (arbitraje técnico)⁷³.

En segundo lugar, el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012 asegura que, a través del arbitraje, las personas involucradas en un conflicto defieren su solución a un árbitro. De esta manera, para la cabal comprensión de este mecanismo, resulta imperativo formularse dos preguntas: ¿qué actuación deben adelantar las partes para "deferir su conflicto"?, y ¿quién puede ser "árbitro"?

Frente al primer interrogante, conviene recordar que el arbitraje tiene su origen en el acto conocido como "pacto arbitral", que es “...*un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas*”⁷⁴. Cuando el mentado negocio jurídico se encuentra contenido en un contrato o consta en un documento inequívocamente referido a él, se denomina “cláusula compromisoria”⁷⁵. En los demás eventos, cuando el pacto arbitral tiene lugar para solucionar una controversia presente y determinada es denominado “compromiso”⁷⁶.

Al respecto, es oportuno advertir que, en Colombia, la cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y validez del contrato del cual forma parte (principio de autonomía de la cláusula compromisoria)⁷⁷. De esta manera “*La inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria....*”⁷⁸, y pueden ser sometidas a arbitraje “...*las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido...*”⁷⁹.

En lo que respecta al árbitro, de conformidad con el artículo 7° del Estatuto, se tiene que, por regla general, éste “...*debe ser colombiano y ciudadano en ejercicio; no haber sido*

condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, ni estar inhabilitado para ejercer cargos públicos o haber sido sancionado con destitución...”. Sin embargo, en los arbitrajes en derecho, los árbitros también deben cumplir con los requisitos exigidos para ser magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial, sin perjuicio de las exigencias adicionales del pacto arbitral o de los reglamentos de los Centros de Arbitraje⁸⁰.

Al respecto, es oportuno recordar que el arbitraje puede ser conducido directamente por los árbitros (en este evento se denomina “ad hoc”), o puede ser administrado por un Centro de Arbitraje. Esta última institución es una entidad pública o persona jurídica sin ánimo de lucro, bajo el control, inspección y vigilancia del Ministerio de Justicia y del Derecho, que se encarga, entre otras cosas, de recibir la demanda e integrar el tribunal arbitral⁸¹.

El número de árbitros encargados de solucionar una controversia, que siempre debe ser impar, es determinado por las partes y, en caso de que éstas guarden silencio “...*los árbitros serán tres (3), salvo en los procesos de menor cuantía, caso en el cual el árbitro será único*”⁸². En lo que refiere al sistema para su designación, se tiene que las partes escogen a los árbitros de manera conjunta o pueden delegar tal labor en un Centro de Arbitraje o en un tercero⁸³.

Lo anterior, bajo el entendido de que la designación a cargo de los Centros “...*se realizará siempre mediante sorteo, dentro de la especialidad jurídica relativa a la respectiva controversia...*”⁸⁴, asegurando siempre la distribución equitativa entre los árbitros que forman parte de tales instituciones y bajo el entendido de que ninguno de ellos puede

ejerger simultáneamente “...en más de cinco (5) tribunales de arbitraje en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a estas”⁸⁵ . .

Por último, la definición contemplada en el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, advierte que los asuntos sometidos a arbitraje son aquellos de libre disposición o los que la ley autoriza. Pero, ¿cuáles son los asuntos de libre disposición en Colombia? y ¿en qué eventos el legislador colombiano autorizó a las personas para resolver sus conflictos a través de arbitraje?. Pues bien, la respuesta a los anteriores interrogantes es el objeto del siguiente acápite.

4.2.Arbitrabilidad de las disputas

Para que el pacto arbitral tenga efectos debe ser lícito, además de ser el resultado del consentimiento de las partes. Para acreditar su legalidad, es preciso estudiar dos consideraciones que han sido agrupadas bajo la categoría de “arbitrabilidad”: la aptitud del conflicto para ser dirimido a través de arbitraje, así como la posibilidad de que ciertos sujetos puedan acudir al mentado mecanismo. En el primer evento, se hace referencia a la arbitrabilidad objetiva y en el segundo a la arbitrabilidad subjetiva⁸⁶.

Con relación a la arbitrabilidad subjetiva, se tiene que “...pueden recurrir al arbitramento las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, que tengan capacidad de disposición respecto de sus derechos transigibles...”⁸⁷. Lo

anterior, sin perjuicio de que los incapaces deban acudir al referido mecanismo a través de quien ejerce su representación legal.

En lo que refiere a la arbitrabilidad objetiva, como se adelantaba en líneas anteriores, el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012 define que pueden someterse a arbitraje los asuntos autorizados por el legislador, así como aquellos “...*de libre disposición...*”. En términos generales, éstos últimos son todos aquellos frente a los que existe “...*la libertad de renuncia en un todo o en parte...*”⁸⁸. Sin embargo, es prudente advertir cómo la jurisprudencia se ha encargado de señalar asuntos qué, en modo alguno, pueden concebirse como de libre disposición.

La Corte Constitucional ha introducido dos cláusulas ‘genéricas’ sobre asuntos que no pueden ser resueltos a través de arbitraje. En primer lugar, la Corte sostiene que los árbitros “...*no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucran el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, que están reservados por su naturaleza a la decisión de los órganos jurisdiccionales del Estado...*”⁸⁹. En segundo lugar, el Alto Tribunal entiende que este mecanismo alternativo de solución de controversias excluye “...*eventos que se relacionan con la garantía de derechos constitucionales fundamentales, con el reconocimiento de facultades legalmente reconocidas a favor de ciertos ciudadanos -v.g. derechos mínimos de los trabajadores-, o con el ejercicio del control estatal sobre ciertas circunstancias jurídicamente relevantes...*”⁹⁰.

Igualmente, de la mano de los anteriores postulados, el juez constitucional señala materias específicas que no pueden ser conocidas por los árbitros. Así pues, menciona que la

jurisdicción arbitral no puede decidir sobre asuntos relacionados con el estado civil de las personas⁹¹, los derechos de incapaces⁹², la ejecución de las obligaciones fiscales⁹³, derechos mínimos de los trabajadores⁹⁴ y el control de legalidad de los actos administrativos dictados en ejercicio de los poderes excepcionales⁹⁵.

Por su parte, la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se ha referido a la imposibilidad de que los árbitros se pronuncien sobre materias cuya solución, en ningún evento, puede escapar a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Así pues, ha excluido de su competencia la revisión de actos administrativos de carácter general y la de actos administrativos que desarrollen cláusulas exorbitantes, así como el decreto de la suspensión provisional sobre las decisiones de la administración⁹⁶.

Por último, la Corte Suprema de Justicia, en primer lugar, también ha resaltado que los árbitros no pueden pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos⁹⁷. Además, la Sala de Casación Laboral ha sostenido que los árbitros no pueden afectar con sus fallos los derechos constitucionales de trabajador y empleador, los reconocidos por las leyes que resulten irrenunciables, y los convencionales que “...*por haber consolidado situaciones subjetivas concretas o que por no haber sido propuesta su variación por parte legalmente habilitada para hacerlo, deben ser respetados en el laudo*”⁹⁸.

4.3. Características

La Corte Constitucional ha señalado que, en virtud del artículo 116 de la Carta, el arbitraje nacional reúne las características que pasan a exponerse⁹⁹. En primer lugar, el arbitraje es un procedimiento voluntario, pues tiene su origen en la decisión de acudir a un mecanismo alternativo de solución de controversias y, sin perjuicio de que éste deberá adelantarse en los términos definidos por el legislador, son ellas quienes precisan el alcance de su determinación.

En segundo lugar, el procedimiento en comento es de carácter temporal, toda vez que *“...no es posible pensar que las atribuciones judiciales que se confieren a particulares en calidad de árbitros, puedan ejercerse de manera indefinida, pues de la naturaleza del arbitramento se deriva la existencia de una jurisdicción meramente transitoria, limitada en el tiempo, a la resolución del conflicto específico que las partes deciden llevar ante el tribunal...”*¹⁰⁰.

En tercer lugar, como se explicaba en líneas anteriores, el arbitraje tiene un carácter excepcional, pues los árbitros sólo pueden resolver las materias autorizadas por el legislador o aquellas de libre disposición de las partes. Lo anterior, con el propósito de evitar el surgimiento de una jurisdicción paralela a la estatal y, por vía de ello, detrimentos a la organización del poder y de la función pública prevista por la Constitución Política.

Por último, la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que, en nuestro ordenamiento jurídico, el arbitraje es una “figura procesal”. Esto, a fin de significar que la

función ejercida por el árbitro es, en sentido material, la misma que adelantan los jueces y, en consecuencia, éste debe adelantarse bajo un procedimiento que “...*garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aun, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros...*”¹⁰¹.

4.4.Principios que orientan el proceso arbitral

De conformidad con el inciso 2° del artículo 1° de la ley 1563 de 2012, el arbitraje nacional “...*se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción*”¹⁰². No obstante lo anterior, el Estatuto no definió el alcance de cada uno de los referidos postulados y, en consecuencia, resulta imperativo acudir a la doctrina y a la jurisprudencia para aproximarse a su contenido.

Con relación al principio de imparcialidad en materia arbitral, conviene recordar las siguientes palabras de la doctora Lina Escobar: “*La imparcialidad quiere decir desinterés y neutralidad; consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juez, finalidad a la que atiende todo un sistema de incompatibilidades y prohibiciones, de recusaciones y abstenciones, es decir, que la imparcialidad, el desinterés y la neutralidad se dan en relación con la decisión misma, lo cual no significa que la decisión sea objetiva, sigue siendo subjetiva pero dentro del marco jurídico existente*”¹⁰³.

En efecto, a pesar de que la competencia del Tribunal Arbitral se origina en el pacto suscrito por las partes y de que participan en su designación, éstos no escapan al citado

postulado, por su estrecha relación con el debido proceso¹⁰⁴. A raíz de lo anterior, el artículo 16 del Estatuto de Arbitraje señala que los árbitros “...*están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil, por las inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses señalados en el Código Disciplinario Único, y por el incumplimiento del deber de información...*”¹⁰⁵.

El principio de idoneidad procura que las personas escogidas por las partes o el Centro de Arbitraje para dirimir la controversia tengan “...*la capacidad para desempeñarse como árbitro...*”¹⁰⁶ y, en consecuencia, reúnan el conjunto de conocimientos, habilidades, actitudes, rendimiento y valores que resulten imprescindibles para el desempeño de su función.

Con relación al principio de celeridad, conviene advertir que se trata de un postulado rector de la administración de justicia en Colombia (artículo 229 de la Constitución Política y 4° de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia), así como de un vehículo para garantizar los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva¹⁰⁷. En lo medular, implica que “...*los trámites procesales se desarrollen con sujeción a los precisos términos señalados en la ley procesal y que el proceso concluya dentro del menor término posible...*”¹⁰⁸.

Igualmente, el artículo 1° del Estatuto de Arbitraje señala que el procedimiento se rige por el principio de igualdad. Así pues, el Tribunal Arbitral deberá procurar que las partes tengan “...*iguales oportunidades para ejercer sus derechos, debiendo recibir un*

tratamiento exactamente igual, sin consideraciones de religión, raza, nacionalidad, posición social o económica... ”¹⁰⁹.

El principio de oralidad implica que, salvo precisas excepciones, las actuaciones de quienes administran justicia se surten a través de diligencias verbales (artículo 4° de la ley 270 de 1996). De conformidad con lo anterior, la ley 1563 de 2012 prevé que una vez presentada la demanda e integrado el tribunal arbitral, a excepción de la contestación de la demanda (artículo 21), el proceso se tramita a través de audiencias (artículos 24, 30, 31 y 33).

El principio de publicidad tiene tres implicaciones para quienes administran justicia y, en consecuencia, para el Tribunal Arbitral. En primer lugar, éstos deben “...*dar a conocer sus decisiones tanto a las partes como a los otros sujetos procesales, mediante las comunicaciones o notificaciones que para el efecto consagre el ordenamiento jurídico...*”¹¹⁰. En segundo lugar, les impone la obligación de motivar las providencias “...*en los aspectos de hecho y de derecho...*”¹¹¹. Por último, el principio de publicidad implica el deber de “...*comunicar y divulgar a la opinión pública o a la comunidad en general, el contenido y los efectos de sus decisiones, salvo en aquellos casos en los cuales exista reserva legal*”¹¹².

Por último, según el inciso 2° del artículo 1° de la ley 1563 de 2012, el arbitraje nacional se orienta por el principio de contradicción. De esta manera, en primer lugar, las partes tendrán la facultad de solicitar las pruebas que consideren necesarias para soportar sus razones y que resulten pertinentes, conducentes y oportunas¹¹³. Pero además, implicará que ellas puedan “...*participar efectivamente en la producción de la prueba, por ejemplo*

interrogando a los testigos presentados por la otra parte o por el funcionario investigador y (ii) exponer sus argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba... ”¹¹⁴

4.5. Ventajas del arbitraje

La doctrina señala que el mecanismo descrito en líneas anteriores presenta una serie de ventajas frente a la justicia estatal¹¹⁵. Con tal propósito, en primer lugar, ésta se apoya en las condiciones de los árbitros y, en ese sentido, advierte que éstos gozan de mejor preparación en las materias sometidas a su conocimiento; que cuentan con mayor disponibilidad para atender el procedimiento, pues no tienen la carga laboral que los jueces y no deben encargarse de resolver, a la par de la disputa, asuntos administrativos o acciones de raigambre constitucional; y que, a diferencia de los funcionarios estatales, los árbitros no fallan procurando congradar con el criterio de un superior jerárquico.

En segundo lugar, la doctrina sostiene que existen ciertas características del procedimiento que aconsejan que las partes acudan al arbitraje para resolver su conflicto, y no al trámite jurisdiccional. Al respecto, menciona que el laudo arbitral es una decisión final, contra la cual sólo procede el recurso de anulación, en los precisos términos señalados por el legislador. Pero además, la doctrina asegura que el proceso arbitral se ve favorecido por su informalidad:

“Desde las togas y las puñetas hasta los "con la venia de su señoría", de perfecta justificación histórica que casi nadie recuerda (por desgracia) pasando por la separación física de juez, secretario, oficial del juzgado (por un lado, preferente),

abogados y procuradores de las partes (en un segundo lugar, enfrentados), partes, testigos, público (por otro lado, con entradas sucesivas en caso de testigos y peritos), etc., todo ello contribuye a infundir en el interesado, demandante o demandado, una sensación de ejercicio ritual oficiado por sacerdotes y acólitos, secta de la que no es miembro y a la que no entiende, que le tratan como a un ser inferior, ... y que, sin embargo, decide sobre cuestiones que le afectan a él más que a los seres elegidos.

Esto no ocurre normalmente en un arbitraje. Los árbitros, secretario, abogados, sin duda pueden ser más conocedores del procedimiento que las partes, pero el procedimiento es bastante más informal, no hay frases rituales, no hay tanta rigidez. El interesado puede participar de una manera más flexible”¹¹⁶.

En tercer lugar, frente a las determinaciones proferidas por la justicia estatal, la academia resalta que la decisión adoptada por el árbitro suele ser aceptada con menor recelo de las partes. Esto, pues ellas han originado el procedimiento de consuno y, de una u otra forma, participan en la elección de quien impartirá justicia.

Por último, además de los beneficios que ofrece el arbitraje frente a la vía jurisdiccional, es prudente mencionar la ventaja que presenta tal procedimiento frente a otros mecanismos alternativos de solución de conflictos¹¹⁷. Así pues, a diferencia del arbitraje, métodos como la mediación y la conciliación dependen completamente de la voluntad de las partes y su conformidad con la solución ofrecida por el tercero neutral. En efecto, en el mecanismo objeto del presente estudio si bien las partes deben prestar su consentimiento para adelantar

el procedimiento y son partícipes de la elección del árbitro, esto no les permite sustraerse de los efectos del laudo.

5. ¿ES POSIBLE ARBITRAR CAUSAS PENALES?

5.1. La respuesta internacional

A lo largo del mundo, no es fácil encontrar registros de trámites arbitrales iniciados con el propósito de resolver conflictos derivados de la comisión de un delito. De hecho, cuando los árbitros advierten que se enfrentan a una conducta punible, suelen adoptar una postura que, en todo caso, los aleja de resolver el litigio. Por vía de ejemplo, éstos pueden descubrir que las partes han iniciado el trámite con el propósito de lavar activos, simulando la existencia de una disputa, para que el demandante reciba una suma de dinero con apariencia de legalidad¹¹⁸; o los árbitros pueden advertir que el contrato sometido a su conocimiento es, en realidad, una forma de encubrir pagos por actividades de soborno o corrupción¹¹⁹. Sin embargo, en tales hipótesis, la práctica internacional ha construido cuatro formulas para que el tribunal arbitral se aparte de dirimir la disputa.

En efecto, de un lado, los árbitros pueden resolver que el pacto arbitral, contenido en el acto jurídico contrario a derecho, es también ilegal y, por ende, no son competentes para conocer el caso¹²⁰. Una segunda solución, evidenciada en la práctica internacional para casos de lavados de activos, consiste en declarar que realmente no existe disputa alguna y dar por terminado el procedimiento¹²¹. En tercer lugar, los directores del proceso pueden asegurar que el litigio es contrario a la moral o el orden público y, en consecuencia, debe ser tramitada por la justicia estatal (no es arbitrable)¹²². Por último, bajo el mismo

razonamiento, los árbitros podrían alegar que las pretensiones son inadmisibles y no puede ser estudiada por ellos o por la justicia estatal¹²³.

En todo caso, a nivel internacional, es posible encontrar algunos precedentes donde los árbitros evidencian que el comportamiento sometido a su conocimiento es delictivo y no se abstienen de emitir un pronunciamiento de fondo, con el propósito de activar las consecuencias civiles del caso y, generalmente, para concluir que el acto jurídico que originó la disputa debe ser anulado¹²⁴. De hecho, en los Estados Unidos existen casos donde los tribunales arbitrales advierten conductas contrarias a normas de interés general y, como corolario de lo anterior, decretan consecuencias con efectos sancionatorios, como el reconocimiento de daños triplicados (*treble damages*) y daños punitivos (*punitive damages*)¹²⁵.

Además, a lo menos en dos países, existe doctrina que ha propendido porque el arbitraje sea utilizado para dirimir las disputas ocasionadas por algunos delitos. En primer lugar, Rosa María Ventas Sastre, en España, sostiene que el arbitraje es posible en aquellos delitos que demandan la querrela de la persona agraviada para ser procesados (delitos privados o semipúblicos), pues la Ley de Arbitraje de ese país define que pueden ser sometidas a dicho mecanismo todas las controversias sobre materias de libre disposición¹²⁶. Así mismo, la autora afirma que, de ser instaurado el principio de oportunidad en su país, entendido como “...la facultad que asiste al titular de la acción penal para, si se cumplen determinados presupuestos previstos por la norma, disponer de su ejercicio...”¹²⁷, sería posible arbitrar hechos delictivos que constituyen materia de orden público (V.gr. delitos contra la propiedad intelectual e industrial).

Ventas Sastre afirma que, de ser aceptada y promovida su tesis, el arbitraje de causas penales se convertiría en un mecanismo efectivo para descongestionar la justicia estatal y hacer frente a una realidad: en no pocas ocasiones “...*la finalidad última del proceso es meramente instrumental, gira en torno al exclusivo interés del perjudicado, y no a los principios que deben inspirar el Derecho Penal y Procesal, como son el principio de intervención mínima y el interés público en la persecución y castigo de las conductas delictivas...*”¹²⁸.

Igualmente, Supinder Kaur, doctrinante de la India, considera que “...*para resolver el problema de la dilación en la decisión de los casos, podríamos permitir que las partes lleguen a una solución amistosa de la disputa, recurriendo al proceso arbitral en las ofensas pequeñas y conciliables. Bajo ciertas circunstancias, es recomendable permitir que las ofensas sean conciliadas y desistir del proceso penal, en caso de que exista un acuerdo entre el acusado y la víctima*”¹²⁹. En efecto, el autor propugna por la adopción del arbitraje en materia penal para resolver los agravios de naturaleza privada, siempre que “...*ambas partes estén provistas de las mismas oportunidades y se respeten los principios del debido proceso...*”¹³⁰.

El profesor Kaur asegura que dicho mecanismo le ahorraría tiempo y dinero a la víctima y al acusado, así como la sujeción a los riesgos e incertidumbres asociadas al juicio; permitiría que los jueces se concentren en los casos que representan disputas reales y de trascendencia social; combatiría el hacinamiento de las prisiones y la congestión del sistema judicial; se lograría un proceso menos lesivo de los derechos de los interesados,

quienes no tendrían que someterse a un trámite que suele dilatarse injustificadamente y que genera escenarios de incomodidad para los involucrados (el autor se refiere al acusado que es privado de su libertad y a la víctima que debe declarar en juicio); y, por último, garantizaría un trámite donde, al final del día, las partes involucradas estarían satisfechas, pues ninguna de ellas ha ganado o perdido¹³¹.

Así pues, existen a lo menos dos académicos que han abogado por el empleo de arbitraje para resolver causas penales. Con todo, ni la doctora Ventas Sastre, ni el profesor Kaur, ahondaron en el diseño del trámite, una vez aceptada la tesis según la cual el arbitraje puede ser utilizado para estas materias. Además, la doctrina en comento deja abiertos algunos interrogantes: ¿los árbitros deberían resolver sobre la configuración del delito, como parte del procedimiento?; ¿en todos los casos la consecuencia del arbitraje sería la extinción de la acción penal?; ¿los árbitros sólo podrían estar facultados para imponer consecuencias no sancionatorias (V.gr. medidas de reparación) o, previo consentimiento de los involucrados, éstos podrían imponer penas?; y ¿los principios que orientarían el procedimiento son los mismos que regulan disputas no penales.?

5.2.El caso colombiano

En Colombia, no existen precedentes donde un tribunal arbitral haya sido conformado para resolver un conflicto de connotaciones penales o, a lo menos, de árbitros que hayan utilizado normas penales para resolver litigios de otra naturaleza, o que hayan decretado algún tipo de medida no indemnizatoria. De hecho, tampoco existe doctrina o jurisprudencia donde se haya dado luces sobre el particular.

A lo sumo, es posible mencionar que, en el año 2009, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema se vio enfrentada a un caso donde la defensa del condenado aseguró que el proceso había estado viciado de nulidad, en la medida en que las autoridades habían desconocido la existencia de una cláusula compromisoria, consignada en un contrato de transacción suscrito entre la víctima y los victimarios. Sin embargo, en tal oportunidad, la Corte inadmitió la demanda y sostuvo que el demandante “...no presentó ningún argumento tendiente a demostrar que la mentada cláusula se hacía extensiva a los asuntos penales y que la ley colombiana faculta a los mencionados tribunales arbitrales para desplazar, en estos eventos, a la justicia penal ordinaria”¹³².

Así pues, para responder al interrogante sobre si, hoy por hoy, es posible arbitrar causas penales, en primer lugar, es preciso recordar lo expuesto sobre las materias que pueden ser sometidas al mecanismo en comento. Al respecto, se advierte que, en el estado colombiano, son arbitrables los asuntos autorizados por el legislador, así como aquellos de libre disposición. De esta manera, partiendo de que no existe normatividad alguna que autorice el arbitraje de asuntos penales, éste sólo podría ser implementado si el afectado puede disponer sobre el ejercicio de la acción penal, pero ¿es esto posible en Colombia?

Pues bien, desde ya se advierte que, en ciertos eventos, la persecución penal sólo puede iniciarse a instancia de quien ha sufrido la conducta punible, y que la voluntad de esta persona puede enervar la acción estatal. En efecto, bajo el sistema de la ley 906 de 2004, el autor de los delitos contemplados en el artículo 74 de igual normatividad, sólo puede ser procesado cuando existe querrela de parte del sujeto pasivo del delito (artículos 70 y 71)¹³³.

Igualmente, la acción penal se extingue cuando, hasta antes de concluir la audiencia preparatoria, el querellante manifiesta verbalmente o por escrito su deseo de no continuar con el procedimiento (artículos 75 y 76, concordantes con el numeral 2° del artículo 82 del Código Penal)¹³⁴. Además, las investigaciones adelantadas por delitos querellables pueden ser archivadas, cuando se alcanza un acuerdo conciliatorio entre la víctima y el victimario (artículo 522).

En similar sentido, el régimen procesal de la ley 600 de 2000 prevé que la acción penal no puede adelantarse sin la querrela del sujeto pasivo en los delitos mencionados por el artículo 35 (artículos 31 y 32)¹³⁵. Además en tales eventos, el trámite concluye cuando se manifiesta el desistimiento por escrito y no se ha proferido sentencia de primera o única instancia (artículo 37), o cuando se verifica el cumplimiento de un acuerdo conciliatorio entre los afectados (artículo 41).

En efecto, es razonable que, por regla general, el estado adelante oficiosamente la investigación y juzgamiento de los delitos, y excepcionalmente el legislador exija la aquiescencia de los perjudicados. Lo anterior, con el propósito de proteger algunos derechos de los sujetos pasivos del delito (V.gr. intimidad personal y familiar, la autonomía personal y la honra del afectado), y de guardar coherencia con la naturaleza de algunos de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, así como con la menor gravedad de algunas conductas punibles¹³⁶.

A partir de las anteriores consideraciones, es posible concluir que, en aquellos eventos donde el delito requiere querrela de parte para ser procesado, la víctima y el indiciado

podrían celebrar un acuerdo para que un tribunal arbitral resuelva la controversia. Pero, ¿no sería esto contrario a alguna de las prohibiciones definidas por la jurisprudencia de las Altas Cortes y que fueron expuestas con anterioridad, particularmente las que señalan que los árbitros no pueden pronunciarse sobre asuntos que, por su naturaleza, están reservados a la decisión de los órganos jurisdiccionales del Estado; o que involucran la garantía de derechos fundamentales?.

En el parecer de este escrito, para resolver el referido interrogante, es preciso diferenciar dos hipótesis. En la primera, la víctima y el acusado facultan al árbitro para que defina si, a raíz de la presunta conducta punible, se causó un perjuicio a la víctima y para que decrete las correspondientes medidas de reparación; esto, con miras a lograr la terminación del proceso penal. En la segunda hipótesis, el árbitro es habilitado para resolver si el investigado es penalmente responsable y definir la pena aplicable.

5.2.1. El Tribunal Arbitral es constituido para resolver sobre la existencia y cuantía de los perjuicios causados a la víctima, y sobre las medidas de reparación que el victimario debe adoptar.

Esta hipótesis no parece ser problemática a la luz de las referidas prohibiciones jurisprudenciales, en primer lugar, porque la definición de los perjuicios causados por el delito y de las medidas que deben ser implementadas para resarcir a la víctima, no es una materia reservada a las autoridades judiciales. Al respecto, piénsese en mecanismos como la conciliación o la mediación, descritos brevemente en líneas anteriores, donde los propios involucrados resuelven sobre el particular.

Además, en abstracto, este evento no presenta afrenta alguna contra los derechos fundamentales de la víctima o del investigado, partiendo de que ambas partes deben prestar su consentimiento para iniciar el trámite arbitral y de que dicho procedimiento se encuentra reglado por los principios de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

De hecho, en la hipótesis bajo análisis, es posible razonar que el arbitraje se constituye en un mecanismo de justicia restaurativa, pues como fue expuesto en líneas anteriores de este escrito, las posibilidades de aplicación de este modelo no se agotan en los instrumentos reglados por el Libro VI de la ley 906 de 2004, sino que abarcan toda medida que se adecue a la noción contemplada en su artículo 518. En efecto, a través del mecanismo bajo estudio, el investigado y la víctima accederían, de mutuo acuerdo, a un procedimiento que les permitiría resolver el conflicto ocasionado por el delito y, en últimas, el pacto arbitral se convertiría en un “...*acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad*”¹³⁷.

Asunto diferente es resolver cómo se iniciaría el trámite arbitral y cómo estaría articulado con los procedimientos reglados por la ley 600 de 2000 y por la ley 906 de 2004. Con relación al primer interrogante, este escrito considera que no existe inconveniente alguno para que el tribunal arbitral se constituya por vía de compromiso o de cláusula compromisoria. En el primer evento, una vez iniciado el proceso penal y cuando el

investigado adquiere conocimiento del mismo, éste y la víctima suscriben un documento donde facultan al tribunal arbitral para que resuelva sobre el particular. En el segundo evento, las partes del contrato prevén que, en caso de que una de ellas presente querrela en contra de la otra, por haber utilizado las relaciones derivadas del acto jurídico para cometer delito, tendrán que acudir al proceso arbitral.

Este último escenario se presenta porque en desarrollo de los negocios jurídicos pueden gestarse conductas punibles e, incluso, esas relaciones pueden ser el medio utilizado por el sujeto activo del delito para lograr sus cometidos¹³⁸. Además, porque la decisión del tribunal arbitral sería eficaz, a pesar de que el contrato, contentivo del pacto arbitral, podría estar viciado de inexistencia o invalidez, a raíz de la actuación delictiva. Lo anterior, a raíz del principio de autonomía de la cláusula compromisoria, explicado en líneas anteriores.

Sin embargo, es prudente aclarar que, a pesar de que el trámite sería iniciado a raíz de la querrela presentada por uno de los sujetos del contrato, por considerar que el otro ha utilizado las relaciones jurídicas negócias para cometer delito, el tribunal arbitral no resolvería sobre la existencia del delito. Como se resaltó al comienzo de este capítulo, en este escenario, el árbitro sólo definiría si el indiciado causó algún perjuicio a la víctima y cuál debe ser la medida de reparación a su cargo, al estilo de quién resuelve sobre una demanda de responsabilidad civil originada en la conducta punible. Esto, además, bajo el entendido de que el fallador no podría decretar la suspensión del procedimiento, a la espera de la decisión de la jurisdicción penal (inciso 4° del artículo 11 de la ley 1563 de 2012¹³⁹).

En lo que refiere a cuál sería el mecanismo para que, una vez proferida la determinación del árbitro acerca de la reparación que debe adelantar el investigado, ésta produzca la terminación del proceso penal, podría razonarse que, con la suscripción del pacto arbitral, la víctima renuncia a su pretensión y, en consecuencia, opera el desistimiento (numeral 2° del artículo 82 de la ley 599 de 2000). De esta manera, bajo la ley 600 de 2000, dependiendo la etapa del trámite donde las partes hayan decidido acudir al mecanismo alternativo de solución de controversias, el Fiscal Delegado podría ordenar la preclusión de la investigación o el juez la cesación del procedimiento (artículo 39); y en los procesos reglados por la ley 906 de 2004, el Fiscal podría solicitar la preclusión ante el juez de conocimiento (numeral 1° del artículo 332).

No obstante lo anterior, tal alternativa sólo podría ser utilizada cuando en el pacto arbitral obre, de manera expresa, la voluntad de no continuar con el proceso penal; pero además, cuando la víctima conoce a plenitud las consecuencias de tal manifestación y ésta ha sido expresada sin ningún tipo de apremio. Lo anterior, pues tanto el artículo 37 de la ley 600 de 2000, como el 76 de la ley 906 de 2004, coinciden en exigir que el desistimiento sea expreso, libre e informado¹⁴⁰.

En todo caso, utilizar la figura del desistimiento, aún bajo las indicaciones anteriores, para conseguir que la determinación del árbitro ocasione la terminación del proceso penal, podría obrar en contra de los intereses de la víctima. Lo anterior, pues ella manifestaría su deseo de enervar la acción penal, antes de que el indiciado acate el laudo arbitral. De esta manera, podrían generarse hipótesis donde, ya sin el apremio del proceso penal, el denunciado se niegue a cumplir con las medidas de reparación decretadas y, en

consecuencia, donde la víctima tendría que iniciar un trámite adicional, encaminado a conseguir su ejecución.

El presente escrito sugiere que, para lograr que el arbitraje apareje la terminación del proceso penal, las partes tengan que acudir a los mecanismos previstos por el legislador y la jurisprudencia para darle eficacia a los acuerdos de justicia restaurativa. Así pues, bajo la ley 600 de 2000, cuando el investigado cumpla con la reparación decretada por el laudo arbitral, podría acudir al mecanismo desarrollado por el artículo 42 de la misma normativa: la extinción de la acción penal por indemnización integral¹⁴¹. Esto, siempre que no se vulneren las exigencias que traza la misma disposición (V.gr. en contra del investigado se ha proferido resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación del procedimiento por indemnización integral, dentro de los 5 años anteriores).

Para los procesos reglados por la ley 906 de 2004, la solución sería diferente dependiendo de la etapa del proceso penal donde tenga lugar el cumplimiento de la determinación arbitral. Así pues, en caso de que éste se produzca hasta antes de iniciada la audiencia de juicio oral, el investigado podría solicitar a la Fiscalía que aplique el principio de oportunidad, con fundamento en la causal contemplada en el numeral 1° del artículo 324, siempre que se trate de un delito sancionado con pena privativa libertad cuyo máximo no exceda de 6 años. De lo contrario, el principio de oportunidad tendría que fundarse en el numeral 7° de la misma disposición, bajo el entendido de que la decisión del Fiscal esté precedida de la suspensión del procedimiento a prueba (artículo 325), y dicha suspensión tenga las determinaciones del tribunal arbitral como plan de reparación.

En caso de que el investigado repare a la víctima en los términos del laudo arbitral, una vez iniciado el juicio oral, pero antes de que la sentencia cobre ejecutoria, según la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, sería posible solicitar la cesación del procedimiento por la indemnización integral de los perjuicios causados. En efecto, como se expuso en líneas anteriores, mediante providencia del 13 de abril de 2011, proferida dentro del proceso número 35946, la referida Corporación autorizó que los procesos penales gobernados por la ley 906 de 2004 fueran terminados con fundamento en la indemnización integral, en los términos del artículo 42 de la ley 600 de 2000.

En este punto es prudente advertir que, a partir de la jurisprudencia en comento, podría sugerirse que, con anterioridad al juicio oral, existe una vía diferente al principio de oportunidad, para que el proceso penal llegue a su fin: la preclusión por la causal prevista en el numeral 1° del artículo 332 de la ley 906 de 2004¹⁴². En efecto, el Fiscal Delegado podría considerar que, con la decisión arbitral, resultan verificados los supuestos del artículo 42 de la legislación procesal de 2000, la acción penal se extingue por indemnización integral (numeral 7° del artículo 82 del Código Penal) y, por ende, lo procedente es solicitar la preclusión del trámite al juez de conocimiento.

Con todo, este escrito no comparte tal criterio, a pesar de que fue avalado recientemente por la Sala de Decisión de Tutelas de la misma Alta Corte¹⁴³. Esto, pues considera que, realmente, la determinación de la Sala de Casación Penal avala que la terminación de la acción penal, por vía del artículo 42 de la ley 600 de 2000, se produzca en alturas procesales donde no es posible aplicar el principio de oportunidad. Lo anterior, pues no de otra manera se justifica que la Alta Corte se haya preocupado por estudiar, con recelo, si tal

figura operaba en eventos donde la víctima y el victimario suscriben un acuerdo indemnizatorio, con posterioridad al juicio oral y antes de la ejecutoria del fallo.

De esta manera, hoy por hoy, es jurídicamente viable que un trámite arbitral sea iniciado con el propósito de terminar con el proceso penal, a partir de la determinación de los perjuicios causados y de las correspondientes medidas de reparación.

5.2.2. El Tribunal Arbitral es constituido con el propósito de juzgar al investigado

Como pasa a exponerse, la víctima y el victimario no podrían acordar que un tribunal arbitral decida sobre la responsabilidad penal del investigado, en primer lugar, porque se trata de un asunto que, hoy por hoy, está reservado a la decisión de los órganos jurisdiccionales del Estado. Al respecto, en primer lugar, conviene recordar que el artículo 19 de la ley 906 de 2004 define que "*Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunal ad hoc o especial, instituido con posterioridad a la comisión de un delito por fuera de la estructura judicial ordinaria*"¹⁴⁴ (subraya y negrilla fuera del texto original).

Igualmente, es prudente advertir que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el debido proceso constitucional y, específicamente el derecho al juez natural, implica que "*...el juzgamiento de las conductas tipificadas como delitos será efectuado, independiente de la persona o institución en concreto, por los funcionarios y órganos que integran la jurisdicción ordinaria*"¹⁴⁵. Lo anterior, pues solo así "*...se garantiza a todos los justiciables el acceso a unos mismos jueces, eliminando toda suerte de privilegios o discriminaciones, y*

se excluye naturalmente el juzgamiento de algunas personas por jueces pertenecientes a una jurisdicción especial"¹⁴⁶.

En segundo lugar, un árbitro no podría ser facultado para resolver sobre la responsabilidad penal del investigado, porque el pacto iría en contra de las garantías fundamentales de doble instancia y de legalidad. Con relación al primero de los derechos, conviene recordar que *"...en dos casos se prevé por la Carta como obligatoria la doble instancia, a saber: en la acción de tutela, que por ministerio del artículo 86 de la Constitución puede ser impugnada ante el superior funcional; y, en las sentencias condenatorias penales conforme al artículo 31 de la Constitución, salvo el caso de los altos funcionarios del Estado cuyo juzgamiento corresponda a la Corte Suprema de Justicia...."*¹⁴⁷. De esta manera, resulta imposible que la responsabilidad penal se defina a través de laudos arbitrales, contra los cuales sólo procede el recurso extraordinario de anulación.

En tercer lugar, el arbitraje para definir la responsabilidad penal tendría que orientarse por el trámite previsto por la ley 1563 de 2012. De esta manera, no se estaría utilizando un proceso que responda a las normas de derecho sustancial que reglan el *ius puniendi* y, probablemente, esto terminaría por conculcar las garantías del procesado¹⁴⁸. No en vano la ley 906 de 2004 señala que *"Las indagaciones, investigaciones, imputaciones, acusaciones y juzgamientos por las conductas previstas en la ley penal como delito, serán adelantadas por los órganos y mediante los procedimientos establecidos en este código y demás disposiciones complementarias"*¹⁴⁹.

En cuarto lugar, hoy por hoy, no podrían iniciarse arbitrajes con miras a definir la responsabilidad penal del investigado, pues el procedimiento obraría en contra de la garantía de gratuidad, en virtud de la cual el servicio de administración de justicia, en lo penal, no debe causar erogación alguna¹⁵⁰. Lo anterior, a raíz de los honorarios y gastos administrativos que las partes tienen que cancelar a favor de los árbitros y el Centro de Arbitraje, dentro del mecanismo bajo estudio.

Por último, conviene advertir que, aun dejando de lado las anteriores razones para concluir que la disputa no podría ser objetivamente arbitrable, el particular designado tendría que cesar en sus funciones, de conformidad con el inciso 3° del artículo 35 de la ley 1563 de 2012¹⁵¹. Lo anterior, pues es claro que la Fiscalía General de la Nación tendría que ser convocada al trámite, toda vez que, a la fecha, es quien debe adelantar el ejercicio de la acción penal, pero tal entidad no podría adherir el pacto suscrito entre la víctima y el victimario, toda vez que el numeral 4ª del artículo 250 de la Constitución Política la faculta para presentar la acusación ante los jueces de la república¹⁵².

6. FUNDAMENTOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL ARBITRAJE SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Según lo expuesto en líneas anteriores, en aquellos eventos donde la persecución del delito exige la interposición de querrela, es posible que la víctima y el victimario acuerden la integración de un tribunal arbitral, con el propósito de que éste resuelva sobre la existencia y cuantía de los perjuicios causados, así como las correspondientes medidas de reparación. Desde la vista jurídica, no existen reparos para difundir e implementar esta medida entre los

operadores jurídicos y, de hecho, ésta podría contribuir con la descongestión del aparato jurisdiccional y, en todo caso, a la creación de una vía adicional para resolver el conflicto ocasionado por el delito.

Por otro lado, aún en los eventos de delitos querellables, no es posible iniciar arbitrajes con la finalidad de que un árbitro defina sobre la responsabilidad penal de los asociados, incluso en aquellos eventos donde el delito exige querrela y la víctima y el victimario han llegado a un acuerdo para el efecto. A pesar de lo anterior, podrían existir razones para apoyar la puesta en práctica de este mecanismo, a través de un proceso de reforma constitucional y legislativa.

Al respecto, se recuerdan los estudios, mencionados en líneas anteriores, que reflejan la desconfianza de la población en la justicia, y la existencia de funcionarios judiciales no doctos en las normas procesales y adjetivas. Esto, frente a aquella doctrina, también expuesta con anterioridad, donde el arbitraje se presenta como un mecanismo presidido por personas con mejor preparación en las materias sometidas a su conocimiento y mayor disponibilidad para atender el litigio; y donde la decisión suele gozar de mayor aceptación por parte de los implicados.

De esta manera, la introducción del arbitraje, con el propósito de resolver sobre la responsabilidad penal del acusado, obraría en procura del derecho de acceso efectivo a la administración de justicia (o de tutela judicial efectiva) de los sujetos procesales e intervinientes especiales dentro del proceso penal, contemplado en el artículo 229 de la Constitución Política y en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos

Humanos, y entendido como “...la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos....”¹⁵³.

Lo anterior, pues “...el derecho a acceder a la justicia no cumple su finalidad con la sola consagración formal de recursos y procedimientos, sino que requiere que éstos resulten realmente idóneos y eficaces...”¹⁵⁴. En efecto, ¿cómo afirmar que defensa, fiscalía, víctima y ministerio público tienen tal posibilidad, al interior del proceso penal, cuando los jueces, por diversos motivos, no se encuentran en capacidad de atender, ágil y oportunamente, sus pretensiones?. Es oportuno mencionar aquí como, mediante la sentencia C-1195 de 2001, la Corte Constitucional defendió el empleo de mecanismos como el arbitraje o la mediación, precisamente sobre la base de que “...la justicia estatal formal no siempre es efectiva, en especial cuando no se han previsto recursos judiciales idóneos y suficientes que faciliten la solución pacífica de los conflictos, o cuando la complejidad de los procedimientos o de las condiciones de tiempo, modo y lugar exigidas por el legislador restringen la capacidad de alcanzar el goce efectivo de los derechos cuya protección se busca al acudir a las instancias judiciales...”¹⁵⁵.

Además, como pasa a exponerse, la implementación del arbitraje en materia de responsabilidad penal sería facilitada por tres paradigmas que caracterizan el ordenamiento colombiano: i) el árbitro nacional es autoridad jurisdiccional; ii) los particulares pueden ser destinatarios de funciones públicas determinantes, al interior del proceso penal; y iii) es deseable que la víctima y el victimario participen en la solución del conflicto.

6.1.El árbitro nacional es autoridad jurisdiccional

Desde 1969, en Colombia, han existido pronunciamientos jurisprudenciales que han dejado en claro que, desde la vista material, los árbitros ejercen la función pública de administrar justicia y, en ese sentido, asumen todos los poderes y deberes del juez, y resuelven la disputa a través de verdaderas providencias. Además, tales pronunciamientos advierten que si bien el procedimiento debe estar precedido del pacto entre las partes y éstas pueden participar en la conformación del tribunal, la autoridad del árbitro emana de la Constitución y la ley, y éste sólo debe actuar consultando el interés de la justicia.

En ese sentido, conviene recordar cómo, mediante sentencia del 29 de mayo de 1969, la Corte Suprema de Justicia defendió la constitucionalidad del arbitramento, pese a que la Carta Política de 1886 no contemplaba, expresamente, la facultad de los particulares para acudir al referido mecanismo. Lo anterior, entre otras consideraciones, porque la actividad de los árbitros tenía carácter jurisdiccional y el artículo 58 de la Constitución señalaba que *"La Corte Suprema, los tribunales superiores de distrito y demás tribunales y juzgados que establezca la ley, administran justicia"*¹⁵⁶.

Posteriormente, en providencia del 21 de marzo de 1991, luego de estudiar la naturaleza de la actuación del árbitro, la misma Corporación presentó las siguientes conclusiones:

a) Es la misma ley la que admite la posibilidad de que, en virtud de sus disposiciones, la jurisdicción pueda ser ejercida en casos particulares bajo

ciertos y determinados presupuestos y condiciones por otros órganos que no sean los de la jurisdicción ordinaria. Por ello, la atribución de poderes jurídicos a los árbitros para que ejerzan la función jurisdiccional, como efecto de derecho público, opera por el ministerio de la ley y no por la voluntad de las partes, pues si bien éstas dan el modo para que se produzcan tales efectos jurídicos, no los producen ellas mismas mediante sus declaraciones de voluntad. Dicho de otra manera, esta consecuencia jurídica no se sigue de la voluntad de las partes comprometentes sino de la ley; la voluntad de las partes no podría producir por sí misma aquel efecto jurídico, toda vez que carecen de la virtualidad de transmitir una jurisdicción que por sí no tienen. Por tanto, el otorgamiento de poderes jurisdiccionales a los terceros designados como árbitros, si bien se origina en un negocio jurídico privado (el compromiso o la cláusula compromisoria), emana de la ley. Y ello es así porque el derecho objetivo vincula a dicho acto no sólo efectos jurídicos privados (entre las partes) sino también efectos jurídicos públicos (entre el Estado y los árbitros) que se concretan en la atribución de funciones jurisdiccionales a estos últimos.

b) Los árbitros ejercen función jurisdiccional, pues su actuación participa de los caracteres propios de esta actividad. En efecto, interviniendo por requerimiento de los particulares, sujetos de intereses jurídicamente protegidos, los desplazan en la actuación de la norma que protege aquellos intereses, al declarar en su lugar, si existe, cuál es la defensa que una norma concede a un determinado interés; al imponer al obligado la observancia de la

norma y al realizar directamente aquellos intereses cuya tutela legalmente se ha declarado cierta.

c) Necesario es, pues, considerar la función de los árbitros como función pública, y la institución de los árbitros como uno de los casos en que a un particular se le reconoce la facultad de ejercer funciones públicas o servicios públicos, concretamente, la función jurisdiccional¹⁵⁷.

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional fue la encargada de defender las precitadas conclusiones¹⁵⁸. Por vía de ejemplo, la sentencia C-431 de 1995, razonó que “...*el acto arbitral puede definirse como aquel por medio del cual una persona o varias a nombre del Estado, en ejercicio de una competencia atribuida por éste y consultando solo el interés superior del orden jurídico y la justicia, definen el derecho aplicable a un evento concreto, luego de haber comprobado los hechos y de inferir una consecuencia jurídica, cuyo rasgo esencial es el efecto del tránsito a cosa juzgada*”¹⁵⁹; que “...*los árbitros obran en forma similar a cualquier juez, ya que mediante un procedimiento preestablecido, deben comprobar los hechos planteados por las partes, valorar las pruebas aportadas y extraer de ese acervo, una consecuencia definitiva, contenida en un proveído ...*”¹⁶⁰; y, en consecuencia, que los árbitros tienen los mismos deberes, poderes y facultades de los jueces, así como su régimen de responsabilidad civil, penal y disciplinaria.

De hecho, en este punto, es oportuno mencionar como la ley 1563 de 2012 definió que, en los arbitrajes en derecho, los árbitros debían cumplir, a lo menos, con las mismas

exigencias para ser magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial (artículo 7°); que éstos se encontrarían impedidos y serían recusables por las mismas causales previstas para los jueces (artículo 16); y que el control disciplinario sobre los árbitros debía reglarse por las normas de los servidores judiciales (artículo 19). Además, conviene advertir que, en tanto particulares que ejercen funciones públicas en forma transitoria, los árbitros son servidores públicos, para todos los efectos de la ley penal (artículo 20 del Código Penal).

Así pues, entre el árbitro y el juez sólo existen dos diferencias, inherentes a la naturaleza del trámite arbitral: a diferencia del segundo, el primero debe contar con la habilitación de las partes del conflicto, potencial o actual; y, de otro lado, a diferencia del juez, el árbitro es investido para administrar justicia de manera transitoria, esto es, durante el tiempo necesario para resolver el litigio que ha sido puesto en su conocimiento¹⁶¹.

Pero, ¿por qué el hecho de que el árbitro sea una autoridad jurisdiccional contribuiría a la implementación del arbitraje de causas penales?. Pues bien, porque en contra de la introducción de este mecanismo podría aludirse que el árbitro estaría usurpando una potestad que debe ser ejercida por un funcionario público. En ese sentido, podría advertirse que, en las organizaciones políticas modernas, el *ius puniendi* debe ser confiado al estado y a sus servidores públicos¹⁶²; o que, en materia penal, la determinación final sólo puede ser confiada a los jueces, en procura de las garantías fundamentales de los asociados¹⁶³.

6.2. Los particulares pueden ser destinatarios de funciones determinantes, al interior del proceso penal

Una vez el particular adquiere la condición de árbitro, éste se convierte en una autoridad judicial, pero ¿debería permitirse que esto ocurra en asuntos penales?. Pues bien, hoy por hoy, el ordenamiento colombiano ya contempla que los particulares lleguen a ejercer funciones determinantes, al interior del proceso penal.

En primer lugar, como se expuso en líneas anteriores del presente escrito, los particulares pueden fungir como facilitadores de los mecanismos de justicia restaurativa previstos en el Libro VI de la ley 906 de 2004 y que, a menudo, tienen efectos en el desarrollo del trámite. En ese sentido, la Fiscalía puede designar un particular para que presida la mediación y los miembros de un Centro de Conciliación o quienes sean autorizados de conformidad con la ley 640 de 2001, pueden orientar la conciliación preprocesal.

En segundo lugar, es oportuno advertir que, en virtud del Acto Legislativo 6 de 2011, el artículo 250 de la Constitución Política consagra la posibilidad de que, atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador asigne el ejercicio de la acción penal a la víctima. Así pues, una vez se expida el correspondiente desarrollo legal, los particulares podrán presentar el “...*acto jurídico solemne a través del cual se busca la decisión sobre la existencia de un hecho consagrado en la ley como punible y la responsabilidad de su autor*”¹⁶⁴, y tendrán las mismas potestades de la Fiscalía en materia de actividades de investigación, práctica probatoria y medidas cautelares sobre el procesado y sus bienes. De hecho, así ha sido planteado por el Proyecto de Ley 047 de 2012 de la Cámara de Representantes, que busca desarrollar el Acto Legislativo y se encuentra a punto de cursar el segundo debate en dicha Corporación¹⁶⁵.

Por último, a pesar de que se trata de una institución jurídica que aún no ha sido objeto de desarrollo, conviene resaltar que el artículo 1° del Acto Legislativo 3 de 2002 reincorporó en el ordenamiento colombiano la posibilidad de conformar jurados para dirimir las causas criminales (suprimida por voluntad expresa de la Asamblea Nacional Constituyente¹⁶⁶) y, hoy por hoy, el artículo 31 de la ley 906 de 2004 contempla la posibilidad de que éstos formen parte de los órganos que integran la jurisdicción penal. Esto, pues como fue decantado por la sentencia C-226 de 1993 de la Corte Constitucional, mucho antes de la referida normatividad, los jurados son particulares investidos transitoriamente de la función pública de administrar justicia.

6.3.La participación de la víctima y el victimario en la solución del conflicto penal

El sistema de enjuiciamiento penal introducido en Colombia mediante el Acto Legislativo 3 de 2002 y la ley 906 de 2004, pretendió que la víctima y el victimario participaran activamente en la solución del conflicto penal. No de otra manera, se entiende que la reforma constitucional en comento haya consagrado el deber del legislador de desarrollar mecanismos de justicia restaurativa (numeral 7° del artículo 250 de la Constitución Política) y el Código de Procedimiento Penal destinara un acápite completo a la materia (el Libro VI).

En efecto, los programas de Justicia Restaurativa procuran que la víctima y el victimario inicien un dialogo teniente a resolver las cuestiones asociadas al delito, específicamente, para “...*atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la*

reparación, la restitución y el servicio a la comunidad”¹⁶⁷. En primer lugar, así resulta de estudiar la noción de Justicia Restaurativa y la dinámica de los mecanismos de conciliación y mediación. Además, tal conclusión se desprende de los motivos que propugnaron la difusión del modelo restaurativo.

Al respecto, conviene recordar que, en parte, el interés por la Justicia Restaurativa tuvo sus raíces en la aparición de las teorías abolicionistas y, en particular, aquellas que reprochaban la expropiación del conflicto penal de los afectados por él¹⁶⁸. Por vía de ejemplo, es oportuno recordar el escrito “Conflictos como propiedad”, donde el profesor Neil Christie advirtió que los profesionales del derecho (jueces, fiscales y litigantes) y la dinámica de la justicia estatal habían negado el conflicto subyacente al punible y, por esa vía, convertido a la víctima en un mero observador del proceso penal y al victimario en un “...*un objeto para el estudio, manipulación y control...*” – traducción libre-¹⁶⁹.

De esta manera, en el parecer de Christie, los protagonistas del delito habían perdido la posibilidad de expresar sus percepciones y de re-encontrarse para reflexionar sobre lo ocurrido, al tiempo que la sociedad tendría que asumir “...*una perdida de oportunidades para una continua discusión sobre lo que representa la ley. ¿Qué tan equivocado estaba el ladrón?, ¿qué tan acertada es la víctima?...*” – traducción libre-¹⁷⁰.

Así pues, un mecanismo como el estudiado por este escrito, donde el victimario y el perjudicado podrían definir que no sea la jurisdicción estatal quien defina sobre la responsabilidad penal, sino un tercero con las aptitudes y conocimientos adecuados, así como con la disponibilidad de tiempo necesaria, resulta compatible con uno de los fines

procurados por el sistema de enjuiciamiento penal introducido en Colombia mediante el Acto Legislativo 3 de 2002 y la ley 906 de 2004. En efecto, el arbitraje sobre la responsabilidad penal permitiría que los directamente afectados participen en la solución del conflicto, por vía de la definición sobre quién debe ser el encargado de resolver sobre la existencia del delito y su consecuencias jurídicas.

7. ¿CÓMO IMPLEMENTAR EL ARBITRAJE SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL?

En el capítulo anterior se advirtió que, en Colombia, la instauración del arbitraje, con el propósito de resolver sobre la responsabilidad penal del acusado, podría obrar en procura del derecho de acceso efectivo a la administración de justicia; y estaría facilitada por algunos paradigmas que, hoy por hoy, caracterizan al ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, es inevitable formularse los dos interrogantes que serán abordados a continuación: ¿en la práctica, cómo podría operar el mecanismo en comento y, específicamente, cómo podría articularse con el trámite previsto en la ley 600 de 2000 y en la ley 906 de 2004?; y ¿en caso de iniciar un proceso de reforma para introducir el arbitraje sobre la responsabilidad penal, qué normas del derecho colombiano deberían ser modificadas?.

7.1. Articulación con el proceso penal ordinario

Al igual que el arbitraje para resolver sobre los perjuicios causados a la víctima y las correspondientes medidas de reparación, el trámite bajo examen tendría su origen en el

pacto suscrito entre el investigado y la víctima, o entre dos personas para que la decisión de fondo sea adoptada por un árbitro, en caso de que una de ellas presente denuncia en contra de la otra, por haber utilizado las relaciones derivadas del acto jurídico para cometer punibles. Pero, una vez se cuenta con el referido acuerdo ¿qué procedimiento debería reglar la integración del tribunal?, pues bien, en el parecer de este escrito, es posible proponer una solución a partir del trámite previsto por la ley 1563 de 2012.

Así pues, sería preciso diferenciar dos hipótesis: cuando la Fiscalía ejerce la acción penal y cuando es la propia víctima quien lo hace. Esto, pues ya se encuentra en curso una iniciativa para desarrollar el Acto Legislativo 6 de 2011, que consagró la posibilidad de que, atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, fuera el perjudicado por el delito quien buscará la decisión judicial sobre la existencia del delito y la responsabilidad de su autor¹⁷¹.

En primer lugar, para el evento en el que la Fiscalía sea la encargada de ejercer la acción penal, se propone que las partes comuniquen el acuerdo al funcionario encargado de la investigación, para que, en adelante, presente ante a la justicia arbitral todas las peticiones que, bajo otras circunstancias, intentaría ante el juez de conocimiento. En consecuencia, ahora las solicitudes deberían dirigirse ante el Centro de Arbitraje correspondiente, acompañadas del pacto arbitral y de una estimación pecuniaria de los perjuicios causados a la víctima.

De esta manera, en los procesos reglados por la ley 600 de 2000, una vez en firme la resolución de acusación, ésta sería presentada por el fiscal delegado ante el Centro de

Arbitraje. En los trámites de la ley 906 de 2004, lo sería el escrito contentivo de la acusación, la solicitud de preclusión o la aceptación de cargos (lograda vía preacuerdo o allanamiento); pero además, es posible sugerir que la petición de control del principio de oportunidad, cuando éste implique la renuncia a la persecución penal, también tendría que ser allegada al Centro correspondiente. Esto último, pues si bien la legislación actual contempla que dicho control compete a los jueces de control de garantías y no al juez de conocimiento¹⁷², en tales eventos el funcionario resuelve sobre la existencia del punible y sus consecuencias, pues la aplicación de tal institución jurídica implica la extinción de la acción penal (artículo 77) y, en todo caso, exige que los hechos investigados revistan las características de un delito¹⁷³.

El Centro de Arbitraje correspondiente sería determinado siguiendo las normas que reglan la competencia territorial, en cada una de las legislaciones de procedimiento penal, para que el juzgamiento se adelante en el foro donde pueden ser allegadas, con mayor facilidad, las pruebas que fundan o controvierten la responsabilidad penal¹⁷⁴. Por otro lado, en caso de que el Centro de Arbitraje considere que no es competente, remitiría la petición al que lo fuere; en el evento de un conflicto en la materia, éste sería resuelto por el Ministerio de Justicia y del Derecho; y, en caso de que no exista un Centro de Arbitraje en el domicilio que corresponda, la solicitud debería presentarse ante el más cercano.

Con todo, el presente escrito considera que, en éste escenario, una vez enterada sobre la existencia del pacto arbitral, la Fiscalía podría negarse a ventilar el conflicto a través de la justicia arbitral, mediante providencia u orden debidamente motivada¹⁷⁵. Lo anterior, pues ella no habría participado del pacto arbitral y, como titular de la pretensión dentro del

proceso, su juicio acerca de la conveniencia de no someter el litigio a la justicia ordinaria debería ser respetado.

Una vez presentada la solicitud ante el Centro Arbitral, éste procedería a la integración del Tribunal, a semejanza de como hoy lo señala el artículo 14 de la ley 1563 de 2012. Así pues, si las partes designan a los árbitros pero no existe constancia de su aceptación, el director del Centro tendría que citarlos, para que se pronuncien al respecto en el término de cinco días (bajo el entendido de que el silencio significa declinación); en caso de que las partes no hayan designado a los árbitros o hubieran delegado tal función, el director debería requerir a las partes o al delegado para el efecto, quienes también tendrían un plazo de cinco días para dar su respuesta; si las partes hubieran confiado la designación de todos o algunos de los árbitros al Centro de Arbitraje, ésta se haría por sorteo dentro de los cinco días siguientes a la solicitud; y, en defecto de la designación de las partes o su delegado, la Fiscalía, la víctima o el victimario podrían solicitar al Juez Penal del Circuito que lo haga de plano, también por sorteo, entre quienes formen parte de la lista de árbitros del Centro en donde se haya radicado la solicitud.

Cuando conozcan de su nombramiento, los árbitros estarían en el deber de manifestar si están incurso en alguna de las causales de impedimento señaladas por los Códigos de Procedimiento Penal¹⁷⁶; y, en todo caso, dentro de los cinco días siguientes al recibo de la comunicación de aceptación, los intervinientes podrían manifestar dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia y su deseo de remover al particular. Así, los demás árbitros podrían resolver si debe procederse al reemplazo (siguiendo el procedimiento previsto para la designación), salvo en los eventos de arbitro único o donde haya sido

cuestionada la mayoría o la totalidad del tribunal arbitral, pues la decisión correspondería al Juez Penal del Circuito. Lo anterior, sin perjuicio de que, a lo largo del proceso, los árbitros o las partes manifiesten circunstancias de impedimento sobrevinientes y éstas sean resueltas bajo el mismo sistema.

Con la aceptación de la designación y, en su caso, cumplidos los trámites de recusación y reemplazo, el Centro de Arbitraje citaría a una primera audiencia, donde los árbitros serán enterados de la solicitud presentada por la Fiscalía, del pacto arbitral y de la estimación de los perjuicios presentada. En la misma audiencia, el tribunal elegiría a su presidente y secretario, además de que señalaría los honorarios y gastos con fundamento en lo acordado por las partes o en la cuantía señalada en la estimación de perjuicios aportada (siempre con sujeción a los límites legales y administrativos¹⁷⁷).

Una vez consignada la totalidad de los honorarios y gastos, el tribunal arbitral citaría a una nueva audiencia, en la cual resolvería sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia. Si decidiera que no es competente, se extinguirían los efectos del pacto arbitral para el caso concreto, y se devolverá a las partes, tanto la porción de gastos no utilizada, como los honorarios recibidos. Además, la actuación sería remitida, de inmediato, ante el respectivo Centro de Servicios Judiciales, para que asigne un juez de conocimiento.

En caso contrario, esto es, donde el tribunal se declare competente, podría ordenarse la distribución de honorarios en forma similar a la contemplada por el artículo 28 de la ley 1563 de 2012¹⁷⁸, se habría culminado la fase de integración del tribunal y el trámite podría

continuar con estricto apego a las normas rectoras y reglas de la ley 600 de 2000 o de la ley 906 de 2004, según el caso, pero bajo la dirección del árbitro.

Como fue explicado con anterioridad, al interior de tales cuerpos normativos obra un proceso que responde a las normas de derecho sustancial que reglan el *ius puniendi* y, por ende, no existe justificación para diseñar un nuevo trámite. Además, en estas materias sería imposible utilizar a plenitud las disposiciones de la ley 1563 de 2012, pues existiría el riesgo de vulnerar garantías fundamentales, como la de doble instancia. En efecto, como fue advertido en líneas anteriores, la Constitución Política colombiana exige el derecho a apelar las sentencias condenatorias (salvo en el caso de altos funcionarios cuyo juzgamiento compete a la Corte Suprema de Justicia) y el Estatuto de Arbitraje define que, contra los laudos, sólo procede el recurso extraordinario de anulación.

Así pues, el árbitro asumiría los mismos deberes y poderes de los jueces en lo criminal, así como su régimen de responsabilidad civil, penal y disciplinaria. Así mismo, contra sus decisiones podrían intentarse los recursos contemplados en cada uno de los ordenamientos procesales, y éstos serían resueltos por el superior señalado en las mismas legislaciones. Para el efecto, el árbitro podría ostentar la jerarquía del funcionario cuyos requisitos debe acreditar, para asumir el cargo; por vía de ejemplo, en caso de que se defina que éste debe cumplir con las exigencias para ser magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial (como exige el artículo 7° de la ley 1563 de 2012), el recurso de apelación sería resuelto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora, cuando la propia víctima sea la encargada de ejercer la acción penal, hipótesis que encontrará sustento en el desarrollo legal del Acto Legislativo 6 de 2011, ésta podría dirigirse directamente ante el Centro de Arbitraje para presentar sus solicitudes, pero además de acompañarla del pacto arbitral y de la estimación pecuniaria de los perjuicios que le fueron causados, tendría que presentar el acto mediante el cual la Fiscalía renunció a la persecución penal¹⁷⁹; y el ente acusador del estado ya no sería convocado a las diferentes audiencias que integran el procedimiento. Por lo demás, la integración del tribunal y el trámite podrían adelantarse en los términos descritos en líneas anteriores.

Por último, de cara a ambos supuestos, es oportuno presentar dos aclaraciones. En primer lugar, el arbitraje no podría ser utilizado por los funcionarios públicos para evadir el fuero legal o constitucional que caracteriza su cargo¹⁸⁰. Lo anterior, pues los fueros no responden a un privilegio personal, susceptible de renuncia, sino a la finalidad de proteger la autonomía e integridad del servicio público, a través de un juicio dirigido por un órgano con conocimiento especializado y con la jerarquía correspondiente¹⁸¹.

En segundo lugar, el presente escrito ha razonado sobre el arbitraje de causas penales, en aquellos delitos cuya investigación exige querrela de parte, toda vez que, en éstos delitos es donde, hoy por hoy, el afectado puede disponer sobre el ejercicio del *ius puniendi*. Sin embargo, el desarrollo legal del Acto Legislativo 6 de 2011 podría ocasionar que las víctimas puedan decidir sobre el futuro de la persecución penal en otros eventos, atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta; y, de hecho, el proyecto de ley 047 de 2012 ya contempla hipótesis adicionales¹⁸². De ser esto así, el arbitraje sobre la responsabilidad penal podría adelantarse con relación a delitos cuya

investigación y juzgamiento no reclama querrela de parte, pues existirá disponibilidad de la víctima sobre el objeto del litigio.

7.2.El proceso de reforma constitucional y legislativa

Según lo expuesto en líneas anteriores, la puesta en marcha de arbitrajes que resuelvan sobre la responsabilidad penal exigiría un proceso de reforma al interior del ordenamiento jurídico colombiano y, en primer lugar, dicha reforma tendría que adelantarse sobre las normas de la Carta Política que podrían reñir con el mecanismo en comento, pues “...*En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*”¹⁸³.

En ese sentido, conviene recordar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, interprete autorizado de la Constitución¹⁸⁴, ha señalado que la garantía del juez natural, tal y como se encuentra consagrada hoy, implica que el juzgamiento de las conductas punibles sea efectuado por los funcionarios y órganos que integran la jurisdicción ordinaria. Además, el artículo 250 de la Constitución Política puede ser interpretado en el sentido de que el titular de la acción penal sólo puede presentar el escrito de acusación, solicitar la preclusión o las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, ante la misma jurisdicción.

Así pues, el presente escrito considera que sería necesaria una reforma al artículo 116 de la Carta, relativo a quienes ejercen funciones jurisdiccionales en el estado colombiano, a fin de contemplar que, en las causas criminales, los particulares puedan ser investidos

transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros, según los términos que determine la ley.

Partiendo de la anterior modificación constitucional, el Congreso de la República tendría que expedir un cuerpo normativo que, en primer lugar, contemple el trámite sugerido en líneas anteriores, relativo a la forma de integración del tribunal arbitral y a su articulación con el procedimiento penal. Además, el referido cuerpo normativo tendría que modificar algunas disposiciones de las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, con el propósito de evitar contradicciones con el mecanismo bajo estudio.

Así pues, el artículo 19 de la ley 906 de 2004, tendría que ser reformulado para advertir que, en los casos de arbitraje, las personas sí podrían ser juzgadas por un tribunal que, en estricto sentido, sería instituido con posterioridad a la comisión del delito y que estaría fuera de la estructura judicial ordinaria¹⁸⁵. Igualmente, convendría agregar a “los árbitros” en los listados que aparecen en los artículos 73 de la ley 600 de 2000 y 31 de la ley 906 de 2004, acerca de quienes administran justicia en lo penal.

Además, los artículos 22 de la ley 600 de 2000 y 13 de la 906 de 2004 tendrían que variar, para aclarar que, en las disputas conocidas por los tribunales arbitrales, el servicio de administración de justicia no sería gratuito. Lo anterior, a raíz de los honorarios y gastos administrativos que las partes tendrían que cancelar a favor de los árbitros y el Centro de Arbitraje, respectivamente; y advirtiendo que no sería necesaria una reforma a la Carta Política, pues si bien el principio de gratuidad tiene asidero constitucional (específicamente, en valores fundamentales del estado colombiano, como la convivencia pacífica, la igualdad

y el orden justo¹⁸⁶), la jurisprudencia ha dejado en claro que éste puede ser objeto de restricciones¹⁸⁷.

Al finalizar del presente escrito, el lector encontrará un Anexo contentivo de los proyectos de Acto Legislativo y de Ley que materializarían las anteriores consideraciones y, en consecuencia, cuya promulgación sería necesaria para la puesta en marcha del arbitraje sobre la responsabilidad penal en Colombia.

8. CONCLUSIONES

Existen, a lo menos, dos falencias en la operatividad práctica de la jurisdicción penal en Colombia. En primer lugar, a menudo por problemas de capacitación, no todos los jueces son doctos en la aplicación de las normas adjetivas. Además, se evidencia una importante desconfianza de la ciudadanía en las decisiones judiciales y, específicamente, en las determinaciones que ponen fin a la actuación penal.

Por su parte, el Arbitraje Nacional, a lo menos teóricamente, presenta ventajas considerables frente a la justicia estatal y, entre dichas ventajas, se encuentra la mejor preparación de los árbitros en las materias sometidas a su conocimiento y su mayor disponibilidad de tiempo, así como el hecho de que las partes suelen aceptar con menor recelo las determinaciones, por haber participado en el proceso de integración del tribunal arbitral. Además, frente a otros mecanismos alternativos de solución de conflictos, el arbitraje no depende completamente de la voluntad de las partes y su conformidad con la solución ofrecida por el tercero neutral. Lo anterior, a pesar de que las partes deben prestar

su consentimiento para adelantar el procedimiento y son partícipes de la elección del árbitro.

A lo largo del mundo, no es fácil encontrar registros de trámites arbitrales iniciados con el propósito de resolver conflictos derivados de la comisión de un delito, pero es posible encontrar algunos precedentes donde los árbitros no se abstienen de emitir un pronunciamiento de fondo, con el propósito de activar las consecuencias civiles del caso. Igualmente, en países como los Estados Unidos han existido casos donde los tribunales arbitrales advierten conductas contrarias a normas de interés general y decretan consecuencias de naturaleza sancionatoria.

Así mismo, existe alguna doctrina que propende porque el arbitraje sea utilizado para dirimir las disputas ocasionadas por algunos delitos, sobre la base del interés privado que protegen y de los beneficios que podrían recibir la víctima y el victimario, particularmente, por no estar sometidos a un proceso que suele dilatarse injustificadamente y poner a las partes al margen de la solución del conflicto. Además, según la misma doctrina, la implementación de este mecanismo, en asuntos penales, permitiría que los jueces se concentren en los casos que representan disputas reales y de trascendencia social; y combatiría el hacinamiento de las prisiones y la congestión del sistema judicial.

No obstante lo anterior, la doctrina en comento deja abiertos algunos interrogantes: ¿los árbitros deberían resolver sobre la configuración del delito, como parte del procedimiento?; ¿en todos los casos la consecuencia del arbitraje sería la extinción de la acción penal?; ¿los árbitros sólo podrían estar facultados para imponer consecuencias no sancionatorias (V.gr.

medidas de reparación) o, previo consentimiento de los involucrados, éstos podrían imponer penas?; y ¿los principios que orientarían el procedimiento son los mismos que regulan disputas no penales.?

En Colombia, no existen precedentes donde un tribunal arbitral haya sido conformado para resolver un conflicto de connotaciones penales o, a lo menos, de árbitros que hayan utilizado normas penales para resolver litigios de otra naturaleza, o que hayan decretado algún tipo de medida no indemnizatoria. De hecho, tampoco existe doctrina o jurisprudencia donde se haya dado luces sobre el particular.

En principio, a partir de la disposición que tiene la víctima sobre el ejercicio de la acción penal, en Colombia, podrían celebrarse acuerdos para que el tribunal arbitral resuelva la controversia ocasionada por los delitos que exigen querrela de parte. Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, donde se contempla que los árbitros no pueden pronunciarse sobre asuntos que, por su naturaleza, están reservados a la decisión de los órganos jurisdiccionales del Estado, o que involucran la garantía de derechos fundamentales, es preciso diferenciar dos hipótesis. En la primera, la víctima y el acusado facultan al árbitro para que defina si, a raíz de la presunta conducta punible, se causó un perjuicio a la víctima y para que decrete las correspondientes medidas de reparación; esto, con miras a lograr la terminación del proceso penal. En la segunda hipótesis, el árbitro es habilitado para resolver si el investigado es penalmente responsable y definir la pena aplicable.

El primer escenario no parece ser problemático a la luz de las referidas prohibiciones jurisprudenciales. Esto, pues no es una materia reservada a las autoridades judiciales y, en abstracto, el mecanismo no vulneraría los derechos fundamentales de la víctima o del investigado. De hecho, en ésta hipótesis, es posible razonar que el arbitraje se constituye en un mecanismo de justicia restaurativa, pues las posibilidades de aplicación de este modelo no se agotan en la conciliación pre procesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación.

Igualmente, la decisión del árbitro acerca de la reparación que debe adelantar el investigado podría implicar la terminación del proceso penal, a través de dos vías. En primera instancia, cuando en el pacto arbitral obre, de manera expresa, la voluntad de no continuar con el proceso penal, y cuando la víctima conoce a plenitud las consecuencias de tal manifestación y ésta ha sido expresada sin ningún tipo de apremio. En segunda instancia, la decisión del árbitro podría acarrear la terminación del proceso penal, a través de los mecanismos previstos por el legislador y la jurisprudencia para darle eficacia a los acuerdos de justicia restaurativa.

De esta manera, hoy por hoy, en aquellos eventos donde la persecución del delito exige la interposición de querrela, es posible que la víctima y el victimario acuerden la integración de un tribunal arbitral, con el propósito de que éste resuelva sobre la existencia y cuantía de los perjuicios causados, así como las correspondientes medidas de reparación; y que, como corolario de la determinación de acudir al trámite arbitral, el proceso penal llegue a su fin. De hecho, lo anterior podría contribuir con la descongestión del aparato jurisdiccional y, en

todo caso, a la creación de una vía adicional para resolver el conflicto ocasionado por el delito.

Por el otro lado, aún en los procesos por delitos querellables, actualmente, la víctima y el victimario no podrían acordar que un tribunal arbitral decida sobre la responsabilidad penal del investigado, en primer lugar, porque se trata de un asunto reservado a la decisión de los órganos jurisdiccionales del Estado. Además, porque el pacto sería contrario a las garantías de juez natural, doble instancia y legalidad; y, en todo caso, porque la Fiscalía General de la Nación tendría que ser convocada al trámite, pero tal entidad no podría adherir el pacto suscrito entre la víctima y el victimario.

A pesar de lo anterior, podrían existir razones para apoyar la puesta en práctica de este mecanismo. Al respecto, se recuerda la desconfianza de la población en la justicia y la existencia de funcionarios no doctos en las normas procesales y adjetivas. Esto, frente a las ventajas que presenta el arbitraje, mecanismo posiblemente presidido por personas con mejor preparación en las materias sometidas a su conocimiento y mayor disponibilidad para atender el litigio; y donde la decisión suele gozar de mayor aceptación por parte de los implicados. De esta manera, la introducción del arbitraje, con el propósito de resolver sobre la responsabilidad penal del acusado, obraría en procura del derecho de acceso efectivo a la administración de justicia.

Además, la implementación del arbitraje en materia de responsabilidad penal estaría facilitada por tres paradigmas que caracterizan el ordenamiento jurídico colombiano: el árbitro nacional es autoridad jurisdiccional, los particulares pueden ser destinatarios de

funciones públicas determinantes, al interior del proceso penal; y el paradigma de que es deseable que la víctima y el victimario participen en la solución del conflicto.

En consideración a lo anterior, es deseable un proceso de reforma constitucional y legislativa que permita la implementación del arbitraje en materia penal. En lo constitucional, sería necesaria una modificación del artículo 116 Constitucional, a fin de contemplar que, en las causas criminales, los particulares puedan ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros, según los términos que determine la ley. Por su parte, el Congreso de la República tendría que expedir un cuerpo normativo que regule la forma de integración del tribunal arbitral y a su articulación con el procedimiento penal, y que modifique algunas disposiciones de las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004 para evitar contradicciones al interior del ordenamiento jurídico.

**ANEXO: PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO Y DE LEY, TENDIENTES A
INSTAURAR EL ARBITRAJE DE CAUSAS PENALES EN COLOMBIA**

**1. Proyecto de Acto Legislativo “Por el cual se reforma el artículo 116 de la
Constitución Política de Colombia”**

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA:

ARTÍCULO 1. Adiciónese el artículo 116 de la Constitución Política con el siguiente párrafo:

PARÁGRAFO 1°. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá autorizar el arbitraje de asuntos penales. En todo caso, el arbitraje se conducirá en derecho y será administrado por un Centro de Arbitraje.

ARTÍCULO 2. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.

**2. Proyecto de Ley “Por la cual se desarrolla el párrafo 1° del artículo 116 de la
Constitución Política”**

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA:

TITULO I

PACTO ARBITRAL Y ARBITROS

ARTÍCULO 1. AUTORIZACIÓN PARA ARBITRAR CAUSAS PENALES. Los particulares podrán ser investidos de la función de administrar justicia en materia penal a través del pacto suscrito entre el investigado y la víctima, o entre los contratantes que han previsto que, en caso de que uno de ellos presente denuncia en contra del otro, por haber utilizado las relaciones derivadas del acto jurídico para cometer punibles, la decisión sobre la responsabilidad penal debe ser adoptada por un árbitro.

ARTÍCULO 2. LEGALIDAD DEL PACTO ARBITRAL. El pacto arbitral será válido para el juzgamiento de los delitos que requieren querrela de parte o que puedan ser objeto de acción privada.

Ningún pacto impedirá que los aforados constitucionales y legales sean juzgados por el órgano competente de la jurisdicción ordinaria.

ARTÍCULO 3. ÁRBITROS. Las partes del pacto arbitral determinarán conjuntamente el número de árbitros, que siempre será impar. Si nada se dice al respecto, los árbitros serán tres (3).

El árbitro debe ser colombiano y ciudadano en ejercicio; no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, ni estar inhabilitado para ejercer cargos públicos o haber sido sancionado con destitución.

Además, los árbitros deberán cumplir, como mínimo, los mismos requisitos exigidos para ser magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial, sin perjuicio de las calidades adicionales exigidas por los reglamentos de los centros de arbitraje o por las partes en el pacto arbitral.

ARTÍCULO 4. DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS. Las partes nombrarán conjuntamente los árbitros, o delegarán tal labor en un centro de arbitraje o un tercero, total o parcialmente. La designación a cargo de los centros de arbitraje se realizará siempre mediante sorteo y asegurando una distribución equitativa entre los árbitros de la lista.

ARTÍCULO 5. PODERES, DEBERES Y RESPONSABILIDAD DE LOS ARBITROS. Los árbitros tendrán los mismos deberes y poderes de los jueces en lo criminal, así como su régimen de responsabilidad civil, penal y disciplinaria.

TITULO II

PROCEDIMIENTO

ARTÍCULO 6. NORMAS RECTORAS. El proceso se adelantará con sujeción a las normas rectoras del Código Procedimiento Penal. Éstas prevalecen sobre cualquier disposición de esta ley y serán utilizadas como fundamento de interpretación

ARTÍCULO 7. REMISIÓN. En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en esta ley serán aplicables las disposiciones sobre arbitraje nacional del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, siempre que no se opongan a la naturaleza del proceso penal.

ARTÍCULO 8. ARBITRAJE EN DERECHO. En materia penal, las decisiones de los árbitros serán proferidas en derecho.

ARTÍCULO 9. RECURSOS. Salvo expresa disposición en contrario, contra las decisiones del árbitro o tribunal arbitral podrán intentarse los recursos contemplados en el Código de Procedimiento Penal.

El recurso de apelación será resuelto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

ARTÍCULO 10. DECISIÓN DE LA FISCALÍA. En los eventos donde la Fiscalía sea la encargada de ejercer la acción penal, las partes deberán comunicar la existencia del pacto arbitral a su delegado, para que presente ante a la justicia arbitral todas las peticiones que, en el procedimiento ordinario, se tramitarían ante el juez de conocimiento.

La Fiscalía resolverá dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación del pacto sobre la conveniencia de llevar el caso ante la justicia arbitral, mediante providencia u orden debidamente motivada.

En los procesos reglados por la ley 600 de 2000, la determinación del fiscal será susceptible de los recursos ordinarios. En los procesos de la ley 906 de 2004, quienes suscribieron el pacto podrán acudir ante el juez de control de garantías para controvertir la decisión.

PARAGRAFO. El control de legalidad de la aplicación del principio de oportunidad, cuando éste implique la renuncia a la persecución penal, también sería conocido por el árbitro o tribunal arbitral.

ARTÍCULO 11. INICIO DEL TRÁMITE. El Fiscal presentará la solicitud ante el centro de arbitraje correspondiente, acompañada del pacto arbitral y de una estimación pecuniaria de los perjuicios causados a la víctima.

La estimación de los perjuicios será utilizada únicamente con fines de calcular los honorarios y gastos administrativos que las partes deberán cancelar a favor de los árbitros y del Centro de Arbitraje, respectivamente.

ARTICULO 12. CENTRO DE ARBITRAJE COMPETENTE. El centro de arbitraje será determinado siguiendo las normas que reglan la competencia territorial, en cada una de las legislaciones de procedimiento penal. Si no hubiere centro de arbitraje en el distrito correspondiente, la solicitud se presentará en el centro de arbitraje más cercano

En caso de que el centro de Arbitraje considere que no es competente, remitirá la petición al que lo fuere. En el evento de un conflicto en la materia, éste será resuelto por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

ARTÍCULO 13. INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL. Para la integración del tribunal se procederá así:

1. Si las partes han designado los árbitros, pero no consta su aceptación, el director del centro de arbitraje los citará por el medio que considere más expedito y eficaz, para que se pronuncien en el término de cinco (5) días. El silencio se entenderá como declinación.

Este mismo término y el efecto concedido al silencio, se aplicará para todos los eventos en que haya designación de árbitro y este deba manifestar su aceptación.

2. Si las partes no han designado los árbitros debiendo hacerlo, o delegaron la designación, el director del centro de arbitraje requerirá por el medio que considere más expedito y eficaz a las partes o al delegado, según el caso, para que en el término de cinco (5) días hagan la designación.

3. Si las partes delegaron al centro de arbitraje la designación de todos o alguno o varios de los árbitros, aquella se hará por sorteo dentro de los cinco (5) días siguientes a la solicitud de cualquiera de ellas.

4. En defecto de la designación por las partes o por el delegado, el juez penal del circuito, a solicitud de cualquiera de las partes o de la Fiscalía, designará de plano, por sorteo, principales y suplentes, de la lista de árbitros del centro en donde se haya radicado la demanda, al cual informará de su actuación.

5. De la misma forma se procederá siempre que sea necesario designar un reemplazo.

6. Las partes, de común acuerdo, podrán reemplazar, total o parcialmente, a los árbitros con anterioridad a la instalación del tribunal

ARTÍCULO 14. DEBER DE INFORMACIÓN. La persona a quien se comunique su nombramiento como árbitro o como secretario deberá informar, al aceptar, si coincide o ha coincidido con alguna de las partes o sus apoderados en otros procesos arbitrales o judiciales, trámites administrativos o cualquier otro asunto profesional en los que él o algún miembro de la oficina de abogados a la que pertenezca o haya pertenecido, intervenga o haya intervenido como árbitro, apoderado, consultor, asesor, secretario o auxiliar de la justicia en el curso de los dos (2) últimos años. Igualmente deberá indicar cualquier relación de carácter familiar o personal que sostenga con las partes o sus apoderados.

Si dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la comunicación de aceptación, alguna de las partes manifestare por escrito dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro y su deseo de relevar al árbitro con fundamento en la información suministrada por este, se procederá a su reemplazo en la forma prevista para tal efecto, siempre y cuando los demás árbitros consideren justificada las razones para su reemplazo o el árbitro acepte expresamente ser relevado. Cuando se tratase de árbitro único o de la mayoría o de todos, decidirá el juez penal del circuito del lugar en donde funcione el tribunal de arbitraje. Cuando se trate de secretario, decidirán los árbitros.

Si durante el curso del proceso se llegare a establecer que el árbitro o el secretario no revelaron información que debieron suministrar al momento de aceptar el nombramiento, por ese solo hecho quedarán impedidos, y así deberán declararlo, so pena de ser recusados. En todo caso, a lo largo del proceso, los árbitros y los secretarios deberán revelar sin demora cualquiera circunstancia sobrevenida, que pudiese generar en las partes dudas sobre su imparcialidad e independencia. Si cualquiera de estas considera que tal circunstancia

afecta la imparcialidad o independencia del árbitro, los demás árbitros decidirán sobre su separación o continuidad, y si no hubiere acuerdo entre aquellos, o se tratase de árbitro único o de la mayoría o de todos, decidirá el juez penal del circuito del lugar en donde funcione el tribunal de arbitraje.

ARTÍCULO 15. CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y RECUSACIÓN DE LOS ARBITROS. Los árbitros y los secretarios están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Penal, por las inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses señalados en el Código Disciplinario Único, y por el incumplimiento del deber de información indicado en el artículo anterior.

Los árbitros nombrados por el juez o por un tercero serán recusables dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación de su aceptación a las partes o de la fecha en que la parte tuvo o debió tener conocimiento de los hechos, cuando se trate de circunstancias sobrevinientes.

Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes no podrán ser recusados sino por motivos sobrevenidos con posterioridad a su designación, y dentro de los cinco (5) días siguientes a aquel en que la parte tuvo conocimiento de los hechos.

ARTÍCULO 16. TRÁMITE DE IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. El árbitro que se declare impedido cesará inmediatamente en sus funciones y lo comunicará a quien o quienes lo designaron, para que procedan a reemplazado.

El árbitro o árbitros que fueren recusados se pronunciarán dentro de los cinco (5) días siguientes. Si el recusado o recusados aceptan la recusación o guardan silencio, cesarán inmediatamente en sus funciones, hecho que se comunicará a quien hizo la designación para que proceda a su reemplazo. Si el árbitro rechaza la recusación, los demás árbitros decidirán de plano. Si fueren recusados todos los árbitros o varios, o se tratase de árbitro único, decidirá en la misma forma el juez penal del circuito del lugar donde funcione el tribunal de arbitraje, para lo cual se remitirá la actuación que deberá ser sometida a reparto en el término de cinco (5) días.

La providencia que decide la recusación no será susceptible de ningún recurso.

Si el árbitro hubiese sido designado por el juez penal del circuito, en caso de impedimento o aceptación de la recusación, se remitirán a este, sin necesidad de reparto, las piezas procesales pertinentes con el fin de que proceda a la designación del árbitro que haya de reemplazar al impedido.

ARTÍCULO 17. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE. Con la aceptación de la designación y, en su caso, cumplidos los trámites de recusación y reemplazo, el Centro de Arbitraje citará a una primera audiencia, donde los árbitros serán enterarlos de la solicitud presentada por la Fiscalía, del pacto arbitral y de la estimación de los perjuicios presentada.

Además de los árbitros, a la audiencia serán citados la Fiscalía, la víctima, el victimario y el ministerio público, para que manifiesten sus observaciones acerca del pacto arbitral.

El tribunal elegirá un Presidente y designará un Secretario, quien deberá manifestar por escrito su aceptación dentro de los cinco (5) días siguientes, y será posesionado una vez agotado el trámite de información o de reemplazo.

En la misma fecha, el tribunal fijará los honorarios y gastos mediante auto susceptible de recurso de reposición, que será resuelto inmediatamente. Para la fijación, tomará en cuenta la cuantía señalada en la estimación de perjuicios.

Lo anterior, sin perjuicio de que las partes, antes del nombramiento de los árbitros, acuerden los honorarios y así se lo comuniquen junto con su designación.

PARAGRAFO. Si alguno de los árbitros no concurriere, podrá presentar excusa justificada de su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes. Si no presentare dicha excusa o, si presentada, no concurriere en la nueva fecha, se procederá a su reemplazo en la forma prevista en la presente ley.

ARTÍCULO 18. SEGUNDA AUDIENCIA DE TRÁMITE. Una vez consignada la totalidad de los honorarios y gastos, el tribunal arbitral citará a una nueva audiencia, en la cual resolverá sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición.

Si decidiere que no es competente, se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso concreto, y se devolverá a las partes, tanto la porción de gastos no utilizada, como los honorarios recibidos. La actuación será remitida, de inmediato, ante el respectivo Centro de Servicios Judiciales, para que asigne un juez de conocimiento.

En caso contrario, el árbitro ordenará la actuación que corresponda, de conformidad con la solicitud presentada por la Fiscalía. En adelante, se aplicarán las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

ARTÍCULO 19. ARBITRAJE CON ACCIÓN PRIVADA. Cuando la víctima sea la encargada de ejercer la acción penal, ésta podrá dirigirse directamente ante el Centro de Arbitraje para presentar sus solicitudes.

Las solicitudes estarán acompañadas de los documentos mencionados en el artículo 10 y del acto mediante el cual se autorizó la conversión de la acción pública a privada.

La Fiscalía no será convocada a las audiencias que integran el procedimiento

TITULO III

MODIFICACIONES, VIGENCIA Y DEROGATORIAS

ARTÍCULO 20. El artículo 19 de la ley 906 de 2004 contendrá el siguiente párrafo:

PARAGRAFO. La anterior garantía no se opondrá a la conformación de tribunales arbitrales que resuelvan sobre la responsabilidad penal, en los términos señalados por la ley.

ARTÍCULO 21. El artículo 73 de la ley 600 de 2000 quedará así:

ARTICULO 73. QUIENES EJERCEN FUNCIONES DE JUZGAMIENTO. La administración de justicia en materia penal, durante la etapa del juicio, se ejerce de manera permanente por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, las salas de decisión penales de los tribunales superiores de distrito, los jueces penales del circuito, los jueces penales municipales, los jueces de menores, los promiscuos y los de ejecución de penas y medidas de seguridad. También administra justicia el Senado de la República, en casos excepcionales.

También administraran justicia en materia penal los árbitros habilitados por las partes, en los términos señalados por la ley.

ARTÍCULO 22. El artículo 31 de la ley 906 de 2004 contendrá el siguiente numeral:

9. Los árbitros, en los términos que determine la ley.

ARTÍCULO 23. Los artículos 22 de la ley 600 de 2000 y 13 de la ley 906 de 2004 contendrán el siguiente párrafo:

PARAGRAFO. La anterior garantía se entiende sin perjuicio de los honorarios y gastos administrativos que las partes deban cancelar como parte del arbitraje, en los términos señalados por la ley.

ARTÍCULO 24. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

BIBLIOGRAFÍA

Normatividad Nacional

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia

Congreso de la República. Acto Legislativo 6 de 2011.

Congreso de la República. Ley 270 de 1996.

Congreso de la República. Ley 600 de 2000

Congreso de la República. Ley 906 de 2004

Congreso de la República. Ley 1563 de 2012.

Libros

Francisco González de Cossio. Arbitraje. Editorial Porrúa. México: 2010.

Fernando Díaz Colorado. Conflicto, mediación y conciliación desde una mirada restaurativa y psicojurídica. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 2013.

Fernando Velásquez V. Derecho Penal: Parte General. Bogotá: Comlibros. 2009.

Fabio Espitia Garzón. Instituciones de derecho procesal penal. Bogotá: Legis. 2010.

Josep Ma. Tamarit Sumalla & Carolina Villacampa Estiarte. Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora. Bogotá: Universidad Santo Tomás. 2006.

Julio B.J. Maier. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires: Ad Hoc. 1992.

Katherine V.W. Stone. Private Justice: The law of alternative dispute resolution. New York: Foundation Press. 2000.

Luis Camilo Osorio y Gustavo Morales Marín (Editores). Proceso Penal Acusatorio: Ensayos y Actas. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Luigi Ferrajoli. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta. 2009.

Luis F. Gordillo. La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal. Madrid: Iustel. 2007.

Leo Kanowitz. Alternative dispute resolution: cases and materials. Estados Unidos: West Publishing co. 1985.

Artículos

Alexis Mourre. Arbitraje y Derecho Penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral. En: Revista Internacional de Arbitraje. Julio-Diciembre de 2008. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis.

Arthur Mazirow. The Advantages And Disadvantages Of Arbitration As Compared To Litigation. En: [http://www.cre.org/images/MY08/presentations/The Advantages And Disadvantages of Arbitration As Compared to Litigation 2 Mazirow.pdf](http://www.cre.org/images/MY08/presentations/The_Advantages_And_Disadvantages_of_Arbitration_As_Compared_to_Litigation_2_Mazirow.pdf)

Brenton D. Soderstrum. Litigation v. Arbitration: Pros and Cons. En: <http://www.brownwinick.com/images/newsletter/single/Litigation%20v.%20Arbitration%20Pros%20and%20Cons.pdf>

Dragor Hiber & Vladimir Pavic. Arbitration and crime. En: Journal of International Arbitration. Volumen 25. Páginas 461 a 478. 2008.

Harry T. Edwards. Advantages of Arbitration Over Litigation: Reflections of a Judge. En: <http://www.naarb.org/proceedings/pdfs/1982-16.pdf>

Jose Malaguera y Nelson Garrido. Justicia Penal Alternativa (reparatoria): breve análisis de algunos sistemas latinoamericanos. En: Revista CENIPEC. Volumen 28. Enero-Diciembre. 2009. Páginas 183-206.

Julián Aguilar. Arbitraje Vs. Tribunales de Justicia: pros y contras. En: http://www.santelmo.org/revista/n30/opinion_aguilar.pdf;

Julio Andrés Sampedro Arrubla. Los derechos humanos de las víctimas. Apuntes para la reformulación del sistema penal. En: Colombia. International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional. Volumen 13. Páginas 353-372. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 2008.

Lina María Escobar. La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro. En: International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional. Edición No. 15. Páginas 181-214. 2009.

Nils Christie. Conflicts as Property. En: Oxford Journals. The British Journal of Criminology. Enero de 1977. Volumen 17.

Rosa María Ventas Sastre. Arbitraje y Derecho Penal: ¿Viabilidad de un arbitraje en materia penal?. En: Jorge Luis Collantes González (Director). El Arbitraje en las distintas áreas del derecho (Primera Parte, Volumen 3). Perú: Mario Castillo Freyre, Palestra Editores y Universitat Abat Oliba CEU. Páginas 201 a 224. 2007

Rosa Ventas Sastre. Arbitraje y proceso penal: ¿Viabilidad de un arbitraje en materia penal?. En: Mario Castillo Freyre (Editor). Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje. Lima: Palestra Editores, Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Embajada de Francia en el Perú, y Estudio Mario Castillo Freyre. 2009. Págs. 135 a 143.

Supinder Kaur. Arbitration in criminal justice system. En: VIDHIGYA: The Journal of Legal Awareness. Enero de 2009. Volumen No. 4. Págs. 64-72.

Yifad Pud. An economic Analysis of arbitrarion causes in consumer contracts. En: <http://rile.brinkster.net/Thesis/pud.pdf>

Sentencias de la Corte Constitucional

C-226 de 1993. M.P. Alejandro Martínez

C-247 de 1994. M.P. Alfredo Beltrán

T-522 de 1994. M.P. Antonio Barrera

C-416 de 1994. M.P. Antonio Barrera

C-294 de 1995. M.P. Jorge Arango.

C-431 de 1995. M.P. Hernando Herrera

C-386 de 1996. M.P. Alejandro Martínez

C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo

C-242 de 1997. M.P. Hernando Herrera.

C-248 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes

SU-169 de 1999. M.P. Antonio Barrera.

C-539 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes

C-1512 de 2000. M.P. Álvaro Tafur.

C-1641 de 2000. M.P. Alejandro Martínez.

C-330 de 2000. M. P. Carlos Gaviria.
C-392 de 2000. M.P. Antonio Barrera.
C-1436 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán.
C-1195 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda
C-060 de 2001. M.P. Carlos Gaviria.
C-098 de 2001. M.P. Martha Victoria Sachica.
C-426 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar
C-200 de 2002. M.P. Álvaro Tafur
C-012 de 2002. M.P. Jaime Araujo
C-484 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán
C-641 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar.
C-095 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar.
T-136 de 2003. M.P. Jaime Córdoba.
T-461 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre.
T-163 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre.
T-950 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre.
T-753 de 2005. M.P. Jaime Araujo.
T-972 de 2005. M.P. Jaime Córdoba.
C-1154 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda.
C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas.
C-730 de 2005. M.P. Álvaro Tafur.
C-979 de 2005. M.P. Jaime Córdoba.
T-058 de 2006. M.P. Jaime Araujo.

C-718 de 2006. M.P. Álvaro Tafur.

C-934 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda.

T-258 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas.

C-336 de 2007. M.P. Jaime Córdoba.

T-244 de 2007. M.P. Humberto Sierra.

T-972 de 2007. M.P. Humberto Sierra.

C-425 de 2008. M.P. Marco Monroy

C-713 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas.

C-750 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas.

C-025 de 2009. M.P. Rodrigo Escobar.

T-1021 de 2010 M.P. Gabriel Mendoza.

C-186 de 2011. M.P. Humberto Sierra.

C-543 de 2011. M.P. Humberto Sierra.

Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia del 6 de agosto de 2003. Proceso 18242. M.P. Álvaro Pérez.

Sentencia del 15 de septiembre de 2004. Proceso 20559. M.P. Mauro Solarte.

Sentencia del 28 de abril de 2004. Proceso 18104. M.P. Jorge Luis Quintero.

Sentencia del 27 de octubre de 2004. Proceso 20926. M.P. Mauro Solarte.

Sentencia del 9 de septiembre de 2005. Proceso 32196. M.P. Alfredo Gómez.

Sentencia del 1° de abril de 2009. Proceso 31222. M.P. Jorge Luis Quintero.

Sentencia del 1° de abril de 2009. Proceso 28632. M.P. Julio Enrique Socha.

Sentencia del 31 de agosto de 2009. Proceso 32017. M.P. Julio Enrique Socha

Sentencia del 27 de julio de 2009. Proceso 31404. M.P. Yesid Ramirez.

Sentencia del 19 de agosto de 2009. Proceso 26882. M.P. Julio Enrique Socha

Sentencia del 21 de octubre de 2009. Proceso 32206. M.P. Javier Zapata.

Sentencia del 10 de marzo de 2010. Proceso 32422. M.P. Julio Enrique Socha.

Sentencia del 13 de abril de 2011. Proceso 35946. M.P. María del Rosario González.

Sentencia del 1° de noviembre de 2012. Proceso No. 11001220400020120284601. M.P. Fernando Alberto Castro.

Auto del 1° de septiembre de 2009. Proceso 31653. M.P. Javier Zapata.

Sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera

Sentencia del 4 de julio de 2002. Proceso 21217. C.P. Alier Hernández

Sentencia del 18 de enero de 2012. Proceso 40082. C.P. Enrique Gil.

Sentencia del 10 de junio de 2009. Proceso No. 36252. C.P. Mauricio Fajardo.

Jurisprudencia extranjera

Cámara de Comercio Internacional. Caso No. 1101. 1963.

Cámara de Comercio Internacional. Caso No. 3916. 1982.

Cámara de Comercio Internacional. Caso No. 4145. 1984.

Cámara de Comercio Internacional. Caso No. 6248. 1990.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Caso No. ARB/00/07 (World Duty Free V. Republic of Kenya). 2006.

Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales – División Civil-. Soleimany v. Soleimany. 1998.

Corte de Apelaciones de Paris. Caso Labinal V. Mors. 1993

Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales – División Civil-. Harbour Assurance Co. Ltd. v. Kansas General International Insurance Co., Ltd. 1993.

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Pacificare Health Systems v. Book . 2002.

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Kerr-Mcgee Refining Corp. V. Triumph Tankers Ltd. 1990.

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Mastrobuono V. Shearson Lehman Hutton Inc. 1995.

Corte de Apelaciones del Tercer Circuito de los Estados Unidos. Willoughby roofind v. Kajima International. 1985.

Corte de Apelaciones del Primer Circuito de los Estados Unidos. Raytheon Company v. Automated Business Systems. 1989.

Informes

Comisión de prevención del delito y justicia penal. Informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa. En: <http://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comm/5add1s.pdf>

Corporación Excelencia en la Justicia. Balance de los Primeros Años del Sistema Penal Acusatorio en Colombia. Páginas 15 a 17. En: <http://www.cej.org.co/publicaciones/libros/2599-balance-de-los-primeros-cinco-anos-de-funcionamiento-del-sistema-penal-acusatorio-en-colombia>

Corporación Excelencia en la Justicia. Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio: boletín de actualización 2011-2012. En: <http://www.cjf.gob.mx/reformas/boletin/0612/DocColombia2.PDF>

Red de ciudades cómo vamos. [¿Qué es la Red de Ciudades Cómo Vamos?](http://reddeciudadescomovamos.org/index.php?option=com_content&view=article&id=11&Itemid=25). En: http://reddeciudadescomovamos.org/index.php?option=com_content&view=article&id=11&Itemid=25

The World Justice Project. Rule of Law Index 2011. En: http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/wjproli2011_0.pdf

Otros

Cámara de Comercio Internacional (CCI). Las ventajas del arbitraje. En: <http://es.scribd.com/doc/93133587/arbitraje>

Congreso Nacional de Bolivia. Ley de Arbitraje y Conciliación No. 1770.

Congreso Visible. “Por la cual se desarrolla el artículo 2º del Acto Legislativo 6 de 2011. [Acción penal privada]”. En: <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-la-cual-se-desarrolla-el-articulo-2o-del-acto-legislativo-6-de-2011-accion-penal-privada/6820/#tab=2>

Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (ECOSOC). Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal.

Corporación Excelencia en la Justicia. Nuestra Historia. En: <http://www.cej.org.co/quienes/historia>

Paul McCold & Ted Wachtel. En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa (Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología del 10 al 15 de agosto de 2003, en Río de Janeiro). En: http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NTYx

World Justice Project. About The World Justice Project. En: <http://www.worldjusticeproject.org/about/>

-
- ¹ Luis F. Gordillo. *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*. Madrid: Iustel. 2007. Páginas 133 a 135.
- ² Leo Kanowitz. *Alternative dispute resolution: cases and materials*. Estados Unidos: West Publishing co. 1985. Páginas 1 y 2.
- ³ Katherine V.W. Stone. *Private Justice: The law of alternative dispute resolution*. New York: Foundation Press. 2000. Página 1 y ss.
- ⁴ Julio Andrés Sampedro Arrubla. Los derechos humanos de las víctimas. Apuntes para la reformulación del sistema penal. Página 156. En: Colombia International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional. Volumen 13. Páginas 353-372. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 2008.
- ⁵ Alberto Bovino. La víctima como preocupación del abolicionismo penal. Página 273. En: Julio B.J. Maier. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc. 1992. Páginas 261-280.
- ⁶ Nils Christie. *Conflicts as Property*. Página 5. En: Oxford Journals. *The British Journal of Criminology*. Enero de 1977. Volumen 17.
- ⁷ Julio Andrés Sampedro Arrubla. Los derechos humanos de las víctimas. Apuntes para la reformulación del sistema penal. Página 157. En: Colombia International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional. Volumen 13. Páginas 353-372. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 2008.
- ⁸ Nils Christie. *Conflicts as Property*. Páginas 3 y 4. En: Oxford Journals. *The British Journal of Criminology*. Enero de 1977. Volumen 17.
- ⁹ Luis F. Gordillo. *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*. Madrid: Iustel. 2007. Página 77 y siguientes.
- ¹⁰ Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (ECOSOC). Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal. Definiciones.
- ¹¹ *Ibidem*.
- ¹² Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (ECOSOC). Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal. Preámbulo.
- ¹³ Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (ECOSOC). Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal. Desarrollo continuo de los programas de justicia restaurativa.
- ¹⁴ Jose Malaguera y Nelson Garrido. *Justicia Penal Alternativa (reparatoria): breve análisis de algunos sistemas latinoamericanos*. En: Revista CENIPEC. Volumen 28. Enero-Diciembre. 2009. Páginas 183-206.
- ¹⁵ Esto, sin perjuicio de que el artículo 41 de la ley 600 de 2000 contemplaba la posibilidad de que, en los delitos que admitían desistimiento o indemnización integral, la Fiscalía convocara a una conciliación y, con base en el cumplimiento del acuerdo, profiriera resolución inhibitoria o la preclusión de la investigación.
- ¹⁶ Congreso de la República . Ley 906 de 2004. Artículo 29.
- ¹⁷ En ese sentido, el artículo 30 de la ley 906 de 2004 exceptúa de la jurisdicción penal ordinaria “...los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, y los asuntos de los cuales conozca la jurisdicción indígena...”. Congreso de la República . Ley 906 de 2004. Artículo 30.
- ¹⁸ Al respecto, véase el artículo 82 de la ley 599 de 2000. Igualmente, para los trámites reglados por la ley 600 de 2000 es oportuna la lectura del artículo 38, y para los regulados por la ley 906 de 2004, la del artículo 77.
- ¹⁹ Sobre la función del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad véanse, entre otras, las sentencias T-753 de 2005 y T-972 de 2005.
- ²⁰ Con relación a la función del juez de control de garantías, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-591 de 2005, C-730 de 2005 y C-718 de 2006 de la Corte Constitucional.
- ²¹ Así resulta del inciso 3° del artículo 327 de la ley 906 de 2004: “*La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad*”. Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Artículo 327.
- ²² Congreso de la República . Ley 906 de 2004. párrafo 1° del artículo 31.
- ²³ Congreso de la República . Ley 906 de 2004. Artículo 39.
- ²⁴ El artículo 174 de la Carta define: “*Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado*”

en el ejercicio de sus cargos. En este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos”.

²⁵ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. Artículo 175.

²⁶ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-025 de 2009.

²⁷ De hecho, ésta fue la consideración presentada al interior de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal, para introducir el referido párrafo. Véase: Luis Camilo Osorio y Gustavo Morales Marín (Editores). Proceso Penal Acusatorio: Ensayos y Actas. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Página 216 y siguientes.

²⁸ Al respecto, puede consultarse la sentencia C-1154 de 2005 de la Corte Constitucional.

²⁹ En ese sentido, véase la sentencia C-336 de 2007.

³⁰ La Corporación sostiene que los objetivos de la reforma eran los siguientes: i) aumentar la eficiencia y eficacia del proceso penal, ii) lucha contra la criminalidad grave y organizada; hacer más garantista el Sistema Penal; iii) garantizar idónea atención a víctimas; iv) implementar el Programa de Justicia Restaurativa; v) mejorar la confianza ciudadana en el Sistema Penal y vi) mejorar la calidad de las decisiones judiciales. Corporación Excelencia en la Justicia. Balance de los Primeros Años del Sistema Penal Acusatorio en Colombia. Páginas 15 a 17. En: <http://www.cej.org.co/publicaciones/libros/2599-balance-de-los-primeros-cinco-anos-de-funcionamiento-del-sistema-penal-acusatorio-en-colombia>

³¹ Corporación Excelencia en la Justicia. Nuestra Historia. En: <http://www.cej.org.co/quienes/historia>

³² Corporación Excelencia en la Justicia. Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio: boletín de actualización 2011-2012. Página 4. En: <http://www.cjf.gob.mx/reformas/boletin/0612/DocColombia2.PDF>

³³ Corporación Excelencia en la Justicia. Balance de los Primeros Años del Sistema Penal Acusatorio en Colombia. Páginas 53 y 122. En: <http://www.cej.org.co/publicaciones/libros/2599-balance-de-los-primeros-cinco-anos-de-funcionamiento-del-sistema-penal-acusatorio-en-colombia>

³⁴ *Ibíd.*, Página 53

³⁵ *Ibíd.*, Página 53

³⁶ *Ibíd.*, Página 116.

³⁷ *Ibíd.*, Página 114

³⁸ Corporación Excelencia en la Justicia. Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio: boletín de actualización 2011-2012. Página 12. En: <http://www.cjf.gob.mx/reformas/boletin/0612/DocColombia2.PDF>

³⁹ La Red de ciudades cómo vamos es “...una iniciativa que agrupa a los programas Barranquilla Cómo Vamos, Bogotá Cómo Vamos, Bucaramanga Cómo Vamos, Cali Cómo Vamos, Cartagena Cómo Vamos, Medellín Cómo Vamos, Ibagué Cómo Vamos, Pereira Cómo Vamos y Valledupar Cómo Vamos. Estos programas son liderados por el sector social, empresarios, medios de comunicación y academia para evaluar los cambios de la calidad de vida en estas ciudades y las contribuciones que en ese sentido hacen las administraciones distritales y municipales...”. Red de ciudades cómo vamos. *¿Qué es la Red de Ciudades Cómo Vamos?*. En:

http://reddecidudadescomovamos.org/index.php?option=com_content&view=article&id=11&Itemid=25

⁴⁰ En Ibagué la cifra de personas que considera que la justicia ayuda mucho a reducir la criminalidad es del 7%, en Barranquilla del 47%, en Medellín del 25%, en Cali del 18% y en Bogotá sólo del 14%. Corporación Excelencia en la Justicia. Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio: boletín de actualización 2011-2012. Página 23. En: <http://www.cjf.gob.mx/reformas/boletin/0612/DocColombia2.PDF>

⁴¹ En Bogotá la cifra es del 45% y en Ibagué es del 58%. Corporación Excelencia en la Justicia. Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio: boletín de actualización 2011-2012. Página 23. En: <http://www.cjf.gob.mx/reformas/boletin/0612/DocColombia2.PDF>

⁴² En Bogotá la probabilidad es del 65%, en Cali del 64%, en Medellín del 47%, en Bucaramanga del 55% y en Ibagué del 66%. Corporación Excelencia en la Justicia. Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio: boletín de actualización 2011-2012. Página 24. En: <http://www.cjf.gob.mx/reformas/boletin/0612/DocColombia2.PDF>

⁴³ World Justice Project es una organización internacional, de carácter no gubernamental, que tiene la misión de “...liderar un esfuerzo global y multidisciplinar para fortalecer el estado de derecho, para el desarrollo de la comunidades, oportunidades y equidad...” (-traducción libre-). World Justice Project. About The World Justice Project. En: <http://www.worldjusticeproject.org/about/>

⁴⁴ Corporación Excelencia en la Justicia. Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio: boletín de actualización 2011-2012. Página 25. En: <http://www.cjf.gob.mx/reformas/boletin/0612/DocColombia2.PDF>

- ⁴⁵ Corporación Excelencia en la Justicia. Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio: boletín de actualización 2011-2012. Página 26. En: <http://www.cjf.gob.mx/reformas/boletin/0612/DocColombia2.PDF>
- ⁴⁶ The World Justice Project. Rule of Law Index 2011. Página 26. En: http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/wjproli2011_0.pdf
- ⁴⁷ The World Justice Project. Rule of Law Index 2011. Página 52. En: http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/wjproli2011_0.pdf
- ⁴⁸ Paul McCold & Ted Wachtel. En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa (Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología del 10 al 15 de agosto de 2003, en Río de Janeiro). En: http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NTYx
- ⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 2005.
- ⁵⁰ Josep Ma. Tamarit Sumalla & Carolina Villacampa Estiarte. Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora. Bogotá: Universidad Santo Tomas. 2006. Página 297.
- ⁵¹ *Ibid.*, Pág. 301.
- ⁵² Comisión de prevención del delito y justicia penal. Informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa. Página 5. En: <http://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comm/5add1s.pdf>
- ⁵³ Luis F. Gordillo. La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal. Madrid: Iustel. 2007. Página 77 y siguientes.
- ⁵⁴ Josep Ma. Tamarit Sumalla & Carolina Villacampa Estiarte. Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora. Bogotá: Universidad Santo Tomas. 2006. Pág. 298.
- ⁵⁵ Tamarit, *op. cit.*, pág. 366 y ss. .
- ⁵⁶ Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (ECOSOC). Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal. Preámbulo.
- ⁵⁷ Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (ECOSOC). Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal. Definiciones.
- ⁵⁸ *Ibidem.*
- ⁵⁹ Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (ECOSOC). Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal. Desarrollo continuo de los programas de justicia restaurativa.
- ⁶⁰ Esto, sin perjuicio de que el artículo 41 de la ley 600 de 2000 contemplaba la posibilidad de que, en los delitos que admitían desistimiento o indemnización integral, la Fiscalía convocara a una conciliación y, con base en el cumplimiento del acuerdo, profiriera resolución inhibitoria o la preclusión de la investigación.
- ⁶¹ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-591 de 2005.
- ⁶² Los delitos querellables son aquellos que, por regla general, exigen que el sujeto pasivo del delito sea quien ponga los hechos constitutivos de delito en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación (artículo 71 de la ley 906 de 2004). Salvo que el afectado sea un menor de edad, se trata de aquellos delitos que no tienen señalada una pena privativa de la libertad o se encuentran enlistados en el inciso 2° del artículo 74 de igual normatividad.
- ⁶³ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 9 de septiembre de 2005. Proceso 32196. M.P. Alfredo Gómez.
- ⁶⁴ Congreso de la República . Ley 906 de 2004. Artículo 523.
- ⁶⁵ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-979 de 2005.
- ⁶⁶ Congreso de la República . Ley 906 de 2004. Artículo 325.
- ⁶⁷ *Ibidem.*
- ⁶⁸ Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Artículo 326.
- ⁶⁹ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 13 de abril de 2011. Proceso 35946. M.P. María del Rosario González.
- ⁷⁰ Congreso de la República. Ley 1563 de 2012. Artículo 1°.
- ⁷¹ Leo Kanawitz. Alternative Dispute Resolution: Cases and Materials. West Publishing Co. Estados Unidos: 1985. Página 1.
- ⁷² Francisco González de Cossio. Arbitraje. Editorial Porrúa. México: 2010. Página 94.
- ⁷³ Congreso de la República. Ley 1563 de 2012. Artículo 1°. En igual sentido, véase: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de julio de 2002 (C.P. Alier Hernández; Proceso No. 21217); y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 18 de enero de 2012 (C.P. Enrique Gil; Proceso No. 40082).
- ⁷⁴ Congreso de la República. Ley 1563 de 2012. Artículo 3°.

⁷⁵ En ese sentido, el artículo 4° de la ley 1563 de 2012 señala que “*La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él*”.

⁷⁶ Así resulta del artículo 6° de la precitada normatividad, así como de la Sentencia T-136 de 2003 de la Corte Constitucional.

⁷⁷ Con relación al principio de autonomía, véanse las sentencias C-248 de 1999 y T-163 de 2003 de la Corte Constitucional.

⁷⁸ Congreso de la República. Ley 1563 de 2012. Artículo 5°.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ De conformidad con los artículos 127 y 128 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, que señalan los requisitos para ser Magistrado de Tribunal Superior, para ser arbitro en derecho se exigiría el título de abogado y una experiencia laboral de no menos de ocho años. Congreso de la República. Ley 270 de 1996. Artículos 137 y 128.

⁸¹ Congreso de la República. Ley 1563 de 2012. Artículos 12 y 14.

⁸² Congreso de la República. Ley 1563 de 2012. Artículo 7°. Ahora, de conformidad con el artículo 2° de la Ley 1563 de 2012, son litigios de menor cuantía aquellos que versan sobre pretensiones patrimoniales iguales o superiores a los cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (400 smlmv).

⁸³ Congreso de la República. Ley 1563 de 2012. Artículo 8°

⁸⁴ Congreso de la República. Ley 1563 de 2012. Artículo 8°.

⁸⁵ Congreso de la República. Ley 1563 de 2012. Artículo 8°.

⁸⁶ Véase: Corte Constitucional. Sentencia C-750 de 2008.

⁸⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-750 de 2008

⁸⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 2001.

⁸⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-1436 de 2000. En igual sentido, se pronuncian las sentencias C-098 de 2001 y C-186 de 2011

⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-330 de 2000. El referido planteamiento es reiterado en las sentencias C-060 de 2001 y C-186 de 2011.

⁹¹ Véase: Corte Constitucional. Sentencia C-247 de 1994.

⁹² Véase: Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 1995

⁹³ Véase: Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 1995

⁹⁴ Véase: Corte Constitucional. Sentencia C-330 de 2000

⁹⁵ Véase: Corte Constitucional. Sentencia C-1436 de 2000

⁹⁶ La Sentencia del 10 de junio de 2009 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (C.P. Mauricio Fajardo; Proceso No. 36252) presenta un recuento pormenorizado de la materia.

⁹⁷ Véase: Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de diciembre de 1991. En: Corte Constitucional. Sentencia C-1436 de 2000.

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 19 de julio de 1982. En: Corte Constitucional. Sentencia SU-169 de 1999.

⁹⁹ En ese sentido, pueden consultarse las sentencias T-244 de 2007, T-972 de 2007, T-1124 de 2008 y T-058 de 2009.

¹⁰⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-060 de 2001.

¹⁰¹ Corte Constitucional. Sentencia C-060 de 2001.

¹⁰² Congreso de la República. Ley 1563 de 2012. Artículo 2.

¹⁰³ Lina María Escobar. *La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro*. En: International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional. Edición No. 15. Páginas 181-214. 2009. Página 188.

¹⁰⁴ Con relación a la conexidad entre la imparcialidad y el debido proceso, pueden consultarse, entre otras, las Sentencias C-095 de 2003, C-1641 de 2000 y la T-258 de 2007 de la Corte Constitucional.

¹⁰⁵ El referido deber de información se encuentra descrito en el artículo 15 de la misma normatividad: “...*La persona a quien se comunique su nombramiento como árbitro o como secretario deberá informar, al aceptar, si coincide o ha coincidido con alguna de las partes o sus apoderados en otros procesos arbitrales o judiciales, trámites administrativos o cualquier otro asunto profesional en los que él o algún miembro de la oficina de abogados a la que pertenezca o haya pertenecido, intervenga o haya intervenido como árbitro, apoderado, consultor, asesor, secretario o auxiliar de la justicia en el curso de los dos (2) últimos años. Igualmente deberá indicar cualquier relación de carácter familiar o personal que sostenga con las partes o sus apoderados...*”. Igualmente, conviene advertir que en los litigios en los que participa el estado o alguna de

sus entidades, en razón del mismo artículo 16 del Estatuto, los árbitros también son sometidos a las causales de impedimento y recusación señaladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁰⁶ Congreso Nacional de Bolivia. Ley de Arbitraje y Conciliación No. 1770. Artículo 2°.

¹⁰⁷ Al respecto, pueden consultarse las Sentencias T-1021 de 2010 y C-543 de 2011 de la Corte Constitucional.

¹⁰⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-416 de 1994.

¹⁰⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-292 de 2002. En igual sentido, pueden consultarse las sentencias C-539 de 1999, C-012 de 2002 y T-950 de 2003.

¹¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-641 de 2002.

¹¹¹ *Ibidem.*

¹¹² *Ibidem.*

¹¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-461 de 2003.

¹¹⁴ *Ibidem.*

¹¹⁵ Al respecto, pueden ser consultadas las siguientes fuentes: Cámara de Comercio Internacional (CCI). *Las ventajas del arbitraje*. En: <http://es.scribd.com/doc/93133587/arbitraje>; Harry T. Edwards. *Advantages of Arbitration Over Litigation: Reflections of a Judge*. En: <http://www.naarb.org/proceedings/pdfs/1982-16.pdf>; Julián Aguilar. *Arbitraje Vs. Tribunales de Justicia: pros y contras*. En: http://www.santelmo.org/revista/n30/opinion_aguilar.pdf; Katherine V.W. Stone. *Private Justice: The law of alternative dispute resolution*. New York: Foundation Press. 2000. Pagina 303.; Leo Kanowitz. *Alternative dispute resolution: cases and materials*. Estados Unidos: West Publishing co. 1985. Página 305; Yifad Pud. *An economic Analysis of arbitrarion causes in consumer contracts*. En: <http://rile.brinkster.net/Thesis/pud.pdf>; Arthur Mazirow. *The Advantages And Disadvantages Of Arbitration As Compared To Litigation*. En: http://www.cre.org/images/MY08/presentations/The_Advantages_And_Disadvantages_of_Arbitration_As_Compared_to_Litigation_2_Mazirow.pdf; Brenton D. Soderstrum. *Litigation v. Arbitration: Pros and Cons*. En: <http://www.brownwinick.com/images/newsletter/single/Litigation%20v.%20Arbitration%20Pros%20and%20Cons.pdf>

¹¹⁶ Julián Aguilar. *Arbitraje Vs. Tribunales de Justicia: pros y contras*. En: http://www.santelmo.org/revista/n30/opinion_aguilar.pdf;

¹¹⁷ En ese sentido, véase: Cámara de Comercio Internacional (CCI). *Las ventajas del arbitraje*. En: <http://es.scribd.com/doc/93133587/arbitraje>; y Katherine V.W. Stone. *Private Justice: The law of alternative dispute resolution*. New York: Foundation Press. 2000. Pagina 303.

¹¹⁸ Véase: Dragor Hiber & Vladimir Pavic. *Arbitration and crime*. En: Journal of International Arbitration. Volumen 25. Páginas 461 a 478. 2008.

¹¹⁹ Véase: Dragor Hiber & Vladimir Pavic. *Arbitration and crime*. En: Journal of International Arbitration. Volumen 25. Páginas 461 a 478. 2008.

¹²⁰ En ese sentido, véanse: Caso No. 1101 de la Cámara de Comercio Internacional (1963); Caso Soleimany v. Soleimany de la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales –División Civil- (1998); y el Caso Harbour Assurance Co. Ltd. v. Kansa General International Insurance Co., Ltd de la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales –División Civil- (1993).

¹²¹ Hiber & Pavic aseguran haber evidenciado tal posibilidad en la práctica internacional. Véase: Dragor Hiber & Vladimir Pavic. *Arbitration and crime*. En: Journal of International Arbitration. Volumen 25. Páginas 461 a 478. 2008.

¹²² Al respecto, véase el Caso No. ARB/00/07 (World Duty Free V. republic of Kenya) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (2006).

¹²³ Mourre sostiene la existencia de tal posibilidad, derivada las posibles interpretaciones del Caso No. 1101 de la Cámara de Comercio Internacional (1963). Véase: Alexis Mourre. *Arbitraje y Derecho Penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. En: Revista Internacional de Arbitraje. Julio-Diciembre de 2008. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis.

¹²⁴ En ese sentido, véanse el caso Labinal V. Mors de la Corte de Apelaciones de Paris (1993), así como los casos 3916/82, 4145/84 y 6248/90 de la Cámara de Comercio Internacional.

¹²⁵ Sobre daños triplicados, pueden ser consultados los casos Pacificare Health Systems v. Book de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (2002); y Kerr-Mcgee Refining Corp. V. Triumph Tankers Ltd.

de la Corte del distrito de Nueva York (1990). Con relación a los daños punitivos, véanse los casos *Willoughby roofind v. Kajima International* de la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito de los Estados Unidos (1985); *Raytheon Company v. Automated Business Systems* de la Corte de Apelaciones del Primer Circuito de los Estados Unidos (1989); y el caso *Mastrobuono V. Shearson Lehman Hutton Inc.* de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (1995).

¹²⁶Al respecto, véanse: Rosa María Ventas Sastre. Arbitraje y Derecho Penal: ¿Viabilidad de un arbitraje en materia penal?. En: Jorge Luis Collantes González (Director). *El Arbitraje en las distintas áreas del derecho* (Primera Parte, Volumen 3). Perú: Mario Castillo Freyre, Palestra Editores y Universitat Abat Oliba CEU. Páginas 201 a 224. 2007; y Rosa Ventas Sastre. Arbitraje y proceso penal: ¿Viabilidad de un arbitraje en materia penal?. En: Mario Castillo Freyre (Editor). *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. Lima: Palestra Editores, Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Embajada de Francia en el Perú, y Estudio Mario Castillo Freyre. 2009. Págs. 135 a 143.

¹²⁷Rosa Ventas Sastre. Arbitraje y proceso penal: ¿Viabilidad de un arbitraje en materia penal?. Página 136. En: Mario Castillo Freyre (Editor). *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. Lima: Palestra Editores, Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Embajada de Francia en el Perú, y Estudio Mario Castillo Freyre. 2009. Págs. 135 a 143.

¹²⁸*Ibid.* p. 208.

¹²⁹Supinder Kaur. Arbitration in criminal justice system. Página 68. En: VIDHIGYA: The Journal of Legal Awareness. Enero de 2009. Volumen No. 4. Págs. 64-72.

¹³⁰*Ibid.* p. 65.

¹³¹*Ibid.* p. 69.

¹³²Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 1° de abril de 2009. Proceso No. 31222. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

¹³³Esto, sin perjuicio de que el artículo 71 de la ley 906 de 2004, permite que, en los siguientes casos, la querrela sea presentada por otras personas: i) cuando el sujeto pasivo es incapaz o persona jurídica, puede ser intentada por su representante legal; ii) en el evento en que el querellante legítimo ha fallecido, podrá ser presentada por sus herederos; iii) cuando el sujeto pasivo está imposibilitado para formular la querrela, o sea incapaz y carezca de representante legal, o este sea autor o partícipe del delito, puede presentarla el Defensor de Familia, el agente del Ministerio Público o los perjudicados directos; en el delito de inasistencia alimentaria, también es querellante legítimo el Defensor de Familia; y, en eventos donde se afecte el interés público o colectivo, la noticia criminal también puede ser presentada por el Procurador General de la Nación.

¹³⁴Así pues, el Fiscal delegado tendrá que solicitar la preclusión de la actuación, por imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal (numeral 1° del artículo 332 de la ley 906 de 2004).

¹³⁵En todo caso, el artículo 32 de la ley 600 de 2000 contempla algunas excepciones: i) cuando el querellante legítimo es incapaz o persona jurídica, esta debe ser formulada por su representante legal; ii) el querellante legítimo ha fallecido, la denuncia puede ser presentada por los herederos; iii) cuando el sujeto pasivo estuviere imposibilitado para formular la querrela, o sea incapaz y carezca de representante legal, o éste sea autor o partícipe de la conducta punible, puede presentarla el Defensor de Familia, el Agente del Ministerio Público o el Defensor del Pueblo o los perjudicados directos; y iii) en los delitos de inasistencia alimentaria, es también querellante legítimo el Defensor de Familia.

¹³⁶Véase: Corte Constitucional. Sentencia C-425 de 2008; y Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 10 de marzo de 2010. Proceso No. 32422. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

¹³⁷Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Artículo 518.

¹³⁸Al respecto, pueden ser consultadas las sentencias del 6 de agosto de 2003 (Proceso No. 18242), 15 de septiembre de 2004 (Proceso No. 20559), 28 de abril de 2004 (Proceso No. 18104), 27 de octubre de 2004 (Proceso No. 20926), 1° de abril de 2009 (Proceso No. 28632), 31 de agosto de 2009 (Proceso No. 32017), 27 de julio de 2009 (Proceso No. 31404), 19 de agosto de 2009 (Proceso No. 26882) y 21 de octubre de 2009 (Proceso No. 32206).

¹³⁹La citada disposición del Estatuto señala que “*No habrá suspensión por prejudicialidad*”. Congreso de la República. Ley 1563 de 2012. Artículo 11.

¹⁴⁰Sólo existe una excepción en la ley 906 de 2004, donde se presume que al sujeto pasivo de la conducta no le interesa continuar con el proceso penal. En efecto, el artículo 522 señala que la inasistencia injustificada del querellante a la conciliación que debe adelantarse como requisito de procedibilidad, se entiende “...*como desistimiento de su pretensión*...”. Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Artículo 522.

¹⁴¹ El artículo 42 de la ley 600 de 2000 establece que “*En los delitos que admiten desistimiento, en los de homicidio culposo y lesiones personales culposas cuando no concurra alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 110 y 121 del Código Penal, en los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, en los delitos contra los derechos de autor y en los procesos por los delitos contra el patrimonio económico, la acción penal se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado*”. Congreso de la República. Ley 600 de 2000. Artículo 42

¹⁴² La referida norma señala: “*Artículo 332. Causales. El Fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos: 1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal...*”. Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Artículo 332.

¹⁴³ Sala de Decisión de Tutelas de la Sala de Casación Penal. Sentencia del 1º de noviembre de 2012. Proceso No. 11001220400020120284601

¹⁴⁴ Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Artículo 19

¹⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-392 de 2000. En igual sentido, se pronuncia la Corte en las sentencias C-200 de 2002 y T-058 de 2006.

¹⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-392 de 2000.

¹⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-484 de 2002.

¹⁴⁸ Es oportuno recordar que “*Las garantías penales, al subordinar la pena a los presupuestos sustanciales del delito -lesión, acción y culpabilidad- serán efectivas en la medida que estos sean objeto de un juicio en el que resulten aseguradas al máximo la imparcialidad, la veracidad y el control. Por eso las garantías procesales, y en general las normas que regulan la jurisdicción, se llama también <<instrumentales>> frente a las garantías que las normas penales designadas en cambio como <<sustanciales>>*”. Luigi Ferrajoli. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta. 2009. Página 537.

¹⁴⁹ Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Artículo 24.

¹⁵⁰ El artículo 22 de la ley 600 señala que “*La actuación procesal no causará erogación alguna a quienes en ella intervienen*”; y el artículo 13 de la ley 906 de 2004 dispone que “*La actuación procesal no causará erogación alguna a quienes en ella intervengan, en cuanto al servicio que presta la administración de justicia*”.

¹⁵¹ Según la mentada disposición, el tribunal cesará en sus funciones “*Cuando el litisconsorte necesario que no suscribió el pacto arbitral no sea notificado o no adhiera oportunamente al pacto arbitral*”. Congreso de la República. Ley 1563 de 2012. Artículo 35.

¹⁵² El citado numeral dispone que el Fiscal tiene la función de “*...Presentar escrito de acusación **ante el juez de conocimiento**, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediatez de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías*” (subraya y negrilla fuera del texto original). Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia.

¹⁵³ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-426 de 2002.

¹⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001.

¹⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001.

¹⁵⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29 de mayo de 1969. En: Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 1995

¹⁵⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de marzo de 1991. En: Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 1995

¹⁵⁸ Al respecto, véanse las sentencias C-294 de 1995, C-431 de 1995, C-242 de 1997, T-244 de 2007 y T-972 de 2007.

¹⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 1995.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ En ese sentido, véase la sentencia C-294 de 1995 de la Corte Constitucional.

¹⁶² Por vía de ejemplo, Velásquez sostiene que “*...En las organizaciones políticas modernas –como acontecía ya en el derecho romano- el sujeto que detenta la potestad punitiva es el ente estatal, aunque esta potestad tiene orígenes privados; en otras palabras, el estado como organización política es un orden que regula, mediante su monopolio, el uso de la fuerza, de donde se desprende la facultad de acuñar los delitos y fijar las penas. Por su puesto, en principio, tal atributo es absoluto e indelegable dado que lo ejerce el ente estatal por intermedio de los órganos expresamente asignados para cumplir dicho objetivo (legisladores y jueces)...*” Fernando Velásquez V. Derecho Penal: Parte General. Bogotá: Comlibros. 2009. Página 54.

¹⁶³ Ferrajoli denomina éste paradigma como la *garantía de reserva de jurisdicción en materia penal* y, en su parecer, puede ser rastreado desde la Magna Charta inglesa de 1215 y comprende “*...la atribución de la*

averiguación y represión de los delitos únicamente al juicio legal de un sujeto imparcial e independiente... ”. Luigi Ferrajoli. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta. 2009. Página 539. En Colombia, tal postulado se ve reflejado en el artículo 116 de la Carta Política, cuando advierte que *“Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos”*

¹⁶⁴ Fabio Espitia Garzón. Instituciones de derecho procesal penal. Bogotá: Legis. 2010. Página 101.

¹⁶⁵ El texto del proyecto de ley y la información sobre su trámite han sido publicitados por el proyecto Congreso Visible del Departamento de Ciencia Política de la Universidad de los Andes. Véase: Congreso Visible. “Por la cual se desarrolla el artículo 2º del Acto Legislativo 6 de 2011. [Acción penal privada]”. En: <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-la-cual-se-desarrolla-el-articulo-2o-del-acto-legislativo-6-de-2011-accion-penal-privada/6820/#tab=2>

¹⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-226 de 1993.

¹⁶⁷ Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Artículo 518.

¹⁶⁸ Luis F. Gordillo. La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal. Madrid: Iustel. 2007. Página 130 y ss.

¹⁶⁹ El texto original señala: “...*We have focused on the offender, made her or him into an object for study, manipulation and control...*”. Nils Christie. Conflicts as Property. Página 5. En: Oxford Journals. The British Journal of Criminology. Enero de 1977. Volumen 17.

¹⁷⁰ El texto original señala: “...*But the big loser is us –to the extent that society is us. This loss is first and foremost a loss in opportunities for norm-clarification. It is a loss of pedagogical possibilities. It is a loss of opportunities for a continuous discussion of what represents the law of the land. How wrong was the thief, hoy right was the victim?...*”. Nils Christie. Conflicts as Property. Página 8. En: Oxford Journals. The British Journal of Criminology. Enero de 1977. Volumen 17.

¹⁷¹ Se trata del proyecto de Ley 047 de 2012 de la Cámara de Representantes, que se encuentra a punto de cursar el segundo debate en dicha Corporación¹⁷¹. Véase: Congreso Visible. “Por la cual se desarrolla el artículo 2º del Acto Legislativo 6 de 2011. [Acción penal privada]”. En: <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-la-cual-se-desarrolla-el-articulo-2o-del-acto-legislativo-6-de-2011-accion-penal-privada/6820/#tab=2>

¹⁷² En efecto, el inciso 1º del artículo 327 de la ley 906 de 2004 señala que *“El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad”*. Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Artículo 327.

¹⁷³ El inciso 3º del artículo 327 de la ley 906 de 2004 es claro al respecto: *“La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permitan inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”*. Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Artículo 327.

¹⁷⁴ Al respecto, véanse los artículos 43 de la ley 906 de 2004 y 83 de la ley 600 de 2000.

¹⁷⁵ En la ley 906 de 2004, las determinaciones de la Fiscalía General de la Nación tienen naturaleza de orden (párrafo del artículo 161), al tiempo que en la ley 600 de 2000 son resoluciones (numeral 4º del artículo 169).

¹⁷⁶ En ese sentido, véanse los artículos 99 de la ley 600 de 2000 y 56 de la ley 906 de 2004.

¹⁷⁷ Hoy por hoy, el artículo 26 de la ley 1563 de 2000 señala que *“Los árbitros tendrán como suma límite para fijar los honorarios de cada uno, la cantidad de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.000 smlmv). El Gobierno Nacional reglamentará las tarifas de honorarios y gastos. En caso de árbitro único, los honorarios podrán incrementarse hasta en un cincuenta por ciento. Los honorarios del secretario no podrán exceder de la mitad de los de un árbitro. Cuando no fuere posible determinar la cuantía de las pretensiones, los árbitros tendrán como suma límite para fijar los honorarios de cada uno, la cantidad de quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (500 smlmv)”*. Congreso de la República. Ley 1563 de 2012. Artículo 26.

¹⁷⁸ La disposición en comento señala que *“Una vez el tribunal se declare competente, el presidente entregará a cada uno de los árbitros y al secretario la mitad de los honorarios, y al centro de arbitraje la totalidad de lo correspondiente a él; el resto quedará depositado en la cuenta destinada exclusivamente para el efecto. El presidente distribuirá el saldo de honorarios una vez terminado el arbitraje por voluntad de las partes o por ejecutoria del laudo o de la providencia que decida sobre su aclaración, corrección o complementación. Terminado el proceso o decidido el recurso de anulación, el presidente hará la liquidación final de gastos y,*

con la correspondiente cuenta razonada, devolverá el saldo a las partes”. Congreso de la República. Ley 1563 de 2012. Artículo 28.

¹⁷⁹ Lo anterior, pues si bien el Acto Legislativo definió que la víctima podría adelantar el ejercicio de la acción penal, éste dejó en claro que “...En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente”. Congreso de la República. Acto Legislativo 6 de 2011. Artículo 2°.

¹⁸⁰ El fuero constitucional es ostentado por aquellos servidores públicos cuyo juzgamiento compete a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, en razón del artículo 235 de la Constitución Política. El fuero legal hace alusión a aquellos eventos donde el legislador ha considerado que ciertos funcionarios públicos deben ser juzgados por la misma Alta Corte o por otro órgano de la jurisdicción ordinaria (artículos 75 a 77 de la ley 600 de 2000, y artículos 32 y 34 de la ley 906 de 2004)

¹⁸¹ En ese sentido, puede consultarse el auto del 1° de septiembre de 2009 de la Sala de Casación Penal, proferido dentro del proceso 31653, donde se realiza un recuento de la jurisprudencia en materia de aforados.

¹⁸² El proyecto contempla que la acción penal podría ser incoada por la víctima, en los siguientes eventos: i) cuando se trate de delitos que requieren querrela de parte para su persecución; ii) cuando se trate de delitos cuya sanción punitiva sea inferior en su mínimo a cuatro años de prisión; iii) cuando se trate de delitos con contenido patrimonial sancionados con pena de prisión superior a cuatro años, excepto cuando afecten el patrimonio público; iv) en los demás delitos, si transcurridos dos años desde el momento de la denuncia no se hubiere practicado la audiencia de formulación de imputación. Véase: Congreso Visible. “Por la cual se desarrolla el artículo 2° del Acto Legislativo 6 de 2011. [Acción penal privada]”. En: <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-la-cual-se-desarrolla-el-articulo-2o-del-acto-legislativo-6-de-2011-accion-penal-privada/6820/#tab=2>

¹⁸³ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. Artículo 4°.

¹⁸⁴ Al respecto, véanse las sentencias C-386 de 1996 y T-656 de 2011 de la Corte Constitucional

¹⁸⁵ Es oportuno recordar que la norma en comento señala que “Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunal *ad hoc* o *especial*, instituido con posterioridad a la comisión de un delito por fuera de la estructura judicial ordinaria”. Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Artículo 19.

¹⁸⁶ Al respecto, véanse las Sentencias T-522 de 1994 y C-1512 de 2000 de la Corte Constitucional.

¹⁸⁷ En ese sentido, pueden consultarse las sentencias C-037 de 1996 y C-713 de 2008 de la Corte Constitucional