

La víctima en el sistema de justicia restaurativa*

Álvaro E. Márquez Cárdenas Phd.**
Abogado.

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. (Título convalidado)
Especialista en Criminología. Instituto de Criminología, U Complutense. (Título convalidado)
Master en estudios políticos, Universidad Javeriana
Ex Agente del Ministerio Público, Ex Magistrado

Libros publicados: La autoría mediata en el derecho penal
La delincuencia económica
Editorial Ibañez

RESUMEN

El sistema de protección a la víctima en el nuevo ordenamiento procesal colombiano, es decir, en el sistema acusatorio, derivado del Acto Legislativo 003 del 19 de diciembre de 2003, ha suscitado un importante debate académico frente a su implementación y desarrollo en la ley 906 de 2004.

Un significativo avance en materia de víctimas en nuestro país se presentó con la Sentencia C-228 de 2002 de la Corte Constitucional, en el sentido de reconocer que la víctima o perjudicado con un delito no solo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios, como venía ocurriendo frente a la parte civil, sino que además tiene derecho a que a través del proceso penal se establezca la verdad y se haga justicia.

PALABRAS CLAVE:

Víctima- compensación- sindicado- resolución de conflictos- autores-participe- juez de garantías- justicia restaurativa.

* El presente escrito es el resultado parcial del proyecto de investigación denominado: Las víctimas en nuevos sistemas acusatorios y los mecanismos alternativos en el nuevo sistema acusatorio. Línea de investigación: derecho penal de la Universidad Militar Nueva Granada.

** Docente investigador de la Universidad Militar Nueva Granada. Abogado, **Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España.** (Título convalidado). Especialista en criminología, Instituto de criminología, U. Complutense. (Título convalidado), Master en estudios políticos, Universidad Javeriana, Ex agente del Ministerio Público, Ex magistrado. Libros publicados: La autoría mediata en el derecho penal. La delincuencia económica. Editorial Ibañez.

ABSTRACT

The protection system to the victim in the new Colombian criminal procedure system, that is to say, in the adversarial system, derived from the Colombian Constitution reform act number 003 of December 19th, 2003, has raised an important academic debate in front of their implementation and development in the 906 act of 2004.

A significant advance in the matter of victims in our country was presented with the Sentence C-228 of 2002, decision made by the Colombian Constitutional Court recognizing that the victim or the person harmed with an offence is entitled in the criminal process not only to obtain an economic reparation for the damages caused, but also has the right to find the truth and get justice done.

KEY WORDS

Victim, compensation, accused, resolution of conflicts, the principal, secondary participants, judge of guarantees and restorative justice

La víctima en el proceso penal

En una primera etapa primitiva el mecanismo utilizado para sancionar o castigar a quien violentaba un derecho ajeno, fue la venganza privada. Quien ocasionaba un daño a otro debía purgar o sufrir un daño igual, que inicialmente no tenía límite pero que, posteriormente, gracias a la ley del Talion, debía tener proporcionalidad, es decir, de acuerdo con el daño causado era el daño sufrido (ojo por ojo, diente por diente)¹. La venganza privada se consideraba suficiente para dar por satisfecha la sanción o consecuencia. Con el paso del tiempo se van morigerando esas reacciones primarias de venganza (generalmente muerte del victimario por la víctima o sus parientes) o de causar un daño igual al recibido (ley del Tali6n) y aparece la composici6n o compensaci6n como mecanismo para satisfacer los da1os ocasionados, que consistía en que la víctima o su familia recibían una compensaci6n en bienes o en dinero para renunciar al uso de la venganza o a ocasionar un da1o proporcional al causante². Y si el Es-

- 1 García-Pablos, Antonio. Tratado de Criminología. Editorial Tirant lo Banch. Valencia, 1999, pág. 322, Ramírez, Rodrigo. La victimología. Ed. Temis, Bogotá, 1983, pág. 34, Gimeno Sendra, Vicente y otros. Derecho Procesal. Proceso Penal. Tirant lo Banch, Valencia, 1993, pág. 241. Rodríguez Manzera, L. Criminología. Ed. Porrúa, 1982. pág. 42.
- 2 García-Pablos, Antonio. Criminología. Una introducci6n a sus fundamentos te6ricos para juristas, 3^a ed., Valencia, 1966. pág. 44.

tado intervenía para sancionar al victimario, no se podía aplicar la pena de muerte sino cuando se hubiera resarcido a la víctima o a sus familiares de los perjuicios ocasionados.

Posteriormente se conoció un sistema desarrollado por los germanos. Consistía en un sistema de compensación que estaba muy desarrollado y que incluía tablas que establecían el monto y su distribución entre los perjudicados. Con el tiempo estas tablas pasaron a ser manejadas por los jueces quienes imponían la obligación de resarcir los perjuicios, su cuantía y su distribución.

Se puso fin así a las transacciones privadas y quedó la solución en manos de los jueces y magistrados, quienes debían, previo análisis de las circunstancias, fijar su monto y repartimiento. La víctima, entonces, se convirtió en el protagonista más importante del proceso penal. Llegó a ser titular de la acción pues podía solicitar la intervención de los magistrados y la aplicación de la pena, perdonar la sanción o fijar un monto como compensación del daño sufrido.

Hasta la Edad Media, se considera que la víctima fue protagonista principal del proceso penal. Posteriormente, el procesado, el victimario, la reemplazó como actor principal, la relegó y casi hizo desaparecer del proceso a la víctima. Ahora, la victimología pretende recuperar ese papel importante que la víctima tuvo en el proceso penal, sin desconocer al procesado, que hoy por hoy es el actor principal tanto del derecho penal como de la criminología³.

Patrocinar un mejor tratamiento para la víctima no debe entenderse como una reivindicación en contra de los derechos que se le han venido proveyendo al sindicado o procesado. Para las disciplinas penales debe ser tan importante el procesado como la víctima⁴. Hoy el proceso penal no sólo busca el reintegro del procesado a la sociedad, sino también la resocialización de la víctima para que ésta regrese al seno de la sociedad en las mismas condiciones en que se encontraba antes del delito⁵. Víctima y delincuente son los sujetos más importantes del proceso pe-

3 Ramírez, Juan Bustos y Larrauri, Elena. *Victimología: presente y futuro*. 2ª ed., Bogotá. Temis, 1993. pág. 7 y ss. Jiménez de Asua, L. "La llanda victimología", en: *Estudio de derecho penal y criminología*. Ed. Ameba, Buenos Aires, 1961. Pág. 67. Beristain Ipiña, Antonio. *Criminología y victimología*. Bogotá, Leyer, 1999. pág. 56.

4 Fernandino Tacsan, A. *El acceso a la justicia y la defensa pública*. Tomo II, Memorias Plan Nacional de Entrenamiento para Defensores Públicos, Defensoría del Pueblo, Programa Justicia USAID/MSD, Bogotá, 1999. pág. 78 y ss.

5 García-Pablos, Antonio. *La función de la "víctima" en el estado de Derecho: Víctima, Criminología, Política Criminal y Política Social*. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Universidad del Externado de Colombia. 1992. pág. 78.

nal y el Estado debe darles un trato similar a ambos. Ahora, los protagonistas del proceso penal son tres (Estado, procesado, víctima) y no dos (Estado y procesado)⁶.

En las legislaciones modernas de casi todos los países del mundo se ha aceptado que la víctima de delitos debe ser protegida e indemnizada por los daños y perjuicios sufridos. Indemnización que, en principio, debe atender el victimario, o sea quien ocasionó el daño, o el Estado cuando aquel no lo puede hacer. Es último, con fundamento en que al Estado le corresponde proteger y garantizar los derechos de los ciudadanos y porque es una notoria falla en el servicio público de la seguridad, un perjuicio antijurídico, que se presenten delitos o violaciones de los derechos de los asociados.

Hoy en día en la mayoría de los Estados del mundo los nuevos estatutos penal y procesal penal, adhieren a la tendencia moderna que pretende dar mayor protagonismo e importancia a la víctima o perjudicado con el delito. Han quedado atrás las épocas en que la víctima de la infracción penal no contaba en el proceso, en que se la miraba como un intruso e incluso se le desconocía el derecho

de participar en el correspondiente trámite, criterio que se fundamenta en que la relación jurídica que nacía con la comisión del delito se desarrollaba exclusivamente entre el Estado y el procesado, sin que la víctima tuviera ninguna importancia⁷.

La nueva disposición se debe, en gran parte, al impulso que ha ganado en la criminología moderna y las disciplinas penales, la llamada victimología⁸. Ya se acepta que el proceso penal no consiste en una relación jurídica exclusiva, que surge entre el procesado y el Estado, sino que debe ser el mecanismo apropiado para resolver las controversias que surgen de la comisión de un delito. El Estado, como ente regulador de las relaciones intersociales, tiene que resolver no sólo la situación que se presenta con el procesado, y recuperarlo para la sociedad, sino también con la víctima o perjudicado, de manera que sus derechos o intereses sean restituidos y que se la indemnice por los perjuicios sufridos. Ya no es una relación de dos sujetos sino de tres, y el Estado tiene que asumir ese nuevo papel para garantizar los derechos de las personas que han sido afectadas y de las cuales la Constitución lo hace garante y más cuando en la reforma constitu-

6 Sanpedro Arrubla, Julio Andrés. Las Víctimas y la reparación en el derecho penal. En foro sobre la reforma constitucional a la justicia penal, Bogotá, Legis. 2003. pág. 78 y ss.

7 Newman, Elias. Victimología. Buenos Aires. Editorial Universidad, 1984. pág. 38 y ss.,

8 Baratta, A. Criminología crítica del derecho penal. México, 1986. pág. 210. Beristain Ipiña, A. Crisis del derecho represivo. Edit. Edicusa. Madrid, 1977. pág. 145.

cional del acto legislativo número 3 de 2002, se puede indicar que se constitucionalizaron los derecho de las víctimas⁹.

En este punto es necesario destacar la declaración de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre "los principios fundamentales de justicia para víctimas de delitos y abuso del poder", aprobada el 29 de noviembre de 1985, mediante la cual se recomendó promover en todos los Estados la protección a las víctimas de los delitos y del abuso del poder.

La resolución 4034 del mismo año las Naciones Unidas enuncia los principios rectores y generales de la criminología que deben aplicar los Estados que hacen parte de la ONU, sobre el acceso a la justicia y un trato justo en los mecanismos procesales encaminados al resarcimiento de los daños, la indemnización de los perjuicios y la asistencia de las víctimas. La dignidad humana de las víctimas exige, al igual que la del procesado, un tratamiento justo y acorde con la naturaleza humana. A la víctima se le han violentado y desconocido sus derechos y, por tanto, merece un trato adecuado a su condición. Por eso se consideran como sus derechos indiscutidos:

- a) Principio de compasión y respeto;
- b) Principio de acceso a la justicia;
- c) Principio de reparación integral;
- d) Principio de información de sus derechos y garantías sustanciales y procesales;
- e) Principio de ser escuchado en el proceso;
- f) Principio de protección a su intimidad;
- g) Principio de restitución de lo indebidamente sustraído o violentado.

De todos estos temas se ocupa la victimología que se entiende como el estudio científico y sistemático de las víctimas de los delitos. Esta área del conocimiento con fines prácticos ha hecho una clasificación de las víctimas

- a) Víctimas enteramente inocentes o víctimas ideales, o aquellas que nada han hecho o nada han aportado para convertirse en víctimas. Es el caso de quien es atacado por un ladrón para ser despojarlo de su dinero;
- b) víctimas de culpabilidad menor o por ignorancia, aquellas que con su conducta culposa o ignorante

9 Córdoba Angulo, Miguel. Protección de la Víctima en el nuevos sistema procesal Colombiano. En revista Derecho penal y criminología. Volumen XXIV, Número 74, Enero-diciembre de 2003. Homenaje a Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003. Pág. 77 y ss.

contribuyen o facilitan la conducta del delincuente (el conductor descuidado que deja el vehículo con las llaves);

- c) víctimas voluntarias, que son aquellas que son tan culpables como el victimario en el resultado final, como en la eutanasia suplicada, el suicidio acordado, etc.,
- d) y las víctimas culpables, o aquellas que con su conducta determinan la del victimario, como en el caso de la provocadora en los delitos sexuales, etc¹⁰.

En estos casos es importante conocer la intervención de la víctima no sólo para determinar la sanción por imponer al delincuente, sino también para tasar o atender a las consecuencias indemnizatorias, por cuando el artículo 2357 del Código Civil autoriza la reducción del monto de la indemnización si la víctima se expone imprudentemente al daño.

Protección de la víctima en el nuevo sistema procesal acusatorio

El sistema de protección a la víctima en el nuevo ordenamiento

procesal colombiano, es decir, en el sistema acusatorio, derivado del Acto Legislativo 003 del 19 de diciembre de 2003, ha suscitado un importante debate académico frente a su implementación y desarrollo en la Ley 906 de 2004.

Aunque en nuestra legislación procesal de la Ley 600 de 2000 la víctima no ha estado en marginación, pues ella puede estar representada por un abogado, y se reconoce una acción civil individual, puede ejercer derecho de petición ante el funcionario judicial con el fin de obtener información o hacer solicitudes específicas; puede igualmente aportar pruebas, pero además aparecen otras figuras, como el tercero civilmente responsable, o la denuncia del pleito o el llamamiento en garantía, que otorgan ciertas garantías a las víctimas a efectos de que sean indemnizadas por los perjuicios que se les hubieren ocasionado como consecuencia de la realización de una conducta punible y que, incluso, en el nuevo sistema procesal acusatorio no se consagran; por lo tanto, lo que con el nuevo ordenamiento procesal penal se debe buscar es mejorar el tratamiento de las mismas víctimas, sin que ello implique desmedro alguno para el autor o partícipe del delito¹¹.

10 Alonso Rimo, Alberto. Víctima y sistema Penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido. Valencia, Tirant lo Blanch. 2002. pag. 76 y ss.,

11 Sanpedro Arrubla, Julio Andrés. "La reconstrucción victimológica del sistema penal: las víctimas del delito en la reforma constitucional de la justicia penal". En: revista Reforma de la justicia penal, tomo II, Bogotá, Corporación excelencia de la Justicia, 2003. pág. 103 y ss.

Un significativo avance en materia de víctimas en nuestro país se presentó con la Sentencia C-228 de 2002 de la Corte Constitucional, en el sentido de reconocer que la víctima o perjudicado con un delito no sólo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios, como venía ocurriendo frente a la parte civil, sino que además tiene derecho a que a través del proceso penal se establezca la verdad y se haga justicia.

Dijo al respecto la Corte Constitucional con ponencia del Dr. Manuel Cepeda y el Dr. Eduardo Montealegre:

"... los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia no restringida exclusivamente a una reparación económica fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen

intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso:

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

Aun cuando tradicionalmente la garantía de estos tres derechos le interesen a la parte civil, es posible que en ciertos casos, ésta sólo esté interesada en el establecimiento de la verdad o el logro de la justicia y deje de lado la obtención de una indemnización..."

Un ejemplo sería el caso de los desaparecidos en una dictadura y el Estado ha indemnizado económicamente a las víctimas; ahí resulta predicable que ellas reclamen la ver-

dad y la justicia. Como en el caso de las madres de la Plaza de Mayo en Argentina, quienes siendo indemnizadas por la muerte de sus hijos y esposos, buscaban que se estableciera por parte del Estado, dónde estaban o quiénes habían tomado en adopción a sus nietos.

Esa tendencia de mayor protección a la víctima se vio reflejada en el Acto Legislativo 03 de 2002 que en su artículo 2.º modificó el artículo 250 de la Carta que consagra las funciones de la Fiscalía General de la Nación y que en sus numerales 1, 6 y 7 dice textualmente:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías, las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.
6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.
7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y

demás intervinientes en el proceso penal; la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

Lo que se pretende con el redescubrimiento es generar un equilibrio en la relación procesal, que así como se tiene en cuenta al procesado se tengan en cuenta los derechos y garantías de las víctimas del delito, permitiendo la redefinición de los roles que desarrollan las personas dentro del drama criminal y posteriormente en el proceso de la investigación penal¹³. Hay que cambiar ese criterio consistente en que los únicos protagonistas en proceso penal es el Estado y el delincuente, porque la víctima tiene mucho que decir, hacer y contribuir a la solución del conflicto penal. De esta manera las víctimas con voz propia y sin que nadie las sustituya son el camino obligado para la solución alternativa al proceso penal, adquiriendo la posición que les corresponde en la tragedia criminal.

Las víctimas en el proyecto de ley del procedimiento penal con tendencia acusatoria encuentran una mayor consideración que en los Códigos anteriores.

13 Gaviria Londoño, Vicente Emilio. La víctima en el sistema acusatorio del nuevo Código de procedimiento penal. En revista Derecho penal y criminología. Volumen XXIV, Número 74, Enero-diciembre de 2003. Homenaje a Fernando Hinestroza. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003. Pág. 93 y ss.

4. La justicia restaurativa

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

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

La justicia restaurativa es un nuevo movimiento en el campo de la victimología y la criminología¹⁴. Entendido como un proceso donde las partes involucradas en un conflicto originado por la comisión de delito, resuelve colectivamente solucionarlo, tratando las consecuencias del

delito y sus implicaciones para el futuro. En ese proceso participan necesariamente: las víctimas, los victimarios y la comunidad. En la definición se enfatiza en dos conceptos: en el proceso y en el resultado restaurativo, como se aprecia en el art. 518 del proyecto en los siguientes términos:

Se entenderá por programa de justicia restaurativa **todo proceso** en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.

Se entiende por **resultado restaurativo**, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes, y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad, en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.

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

14 Ramírez, Rodrigo. La Victimología. Estudio de la víctima del delito. Su función en la prevención y control de la criminalidad. Bogotá, Ed. Temis. 1983. pág. 85 y ss.

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

Primero. Mientras la Justicia restaurativa ve los actos criminales en forma más amplia, en vez de defender el crimen como simple trasgresión de las leyes, reconoce que los infractores dañan a las víctimas, comunidades y aún a ellos mismos.

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

Finalmente, la justicia restaurativa mide en forma diferente el éxito; en vez de medir cuánta pena se impuso al delincuente, mide cuántos daños fueron reparados o prevenidos.

De esta manera, es claro, que las políticas de justicia restaurativa ofrecen varias ventajas comparativas. Su aplicación permitirá utilizar de modo más eficiente el sistema de justicia penal, concentrando sus esfuerzos y recursos limitados en los delitos más graves, y contribuyen así a reducir la población de las cárceles, aliviando el hacinamiento y, por

consiguiente, reduciendo los costos de mantenimiento de las cárceles. Al permitir a los delincuentes que permanezcan con sus familias y continúen sus actividades sociales y profesionales, se ayudaría al delincuente a readaptarse a la sociedad. Por su parte, en un sistema de justicia restaurativa la víctima, como quedó regulado en el nuevo sistema acusatorio, será la gran protagonista, que va a participar activadamente en la solución del conflicto penal.

Principios que rigen la aplicación de la justicia restaurativa

Se tienen los siguientes¹⁵:

1. Los métodos de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del proceso, incluso cuando el procesado está cumpliendo la pena privativa de libertad.
2. Consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.

15 El art. 519 de La ley 906 de 2004, que el es nuevo estatuto procesal de orientación acusatorio trae por primera vez en el derecho positivo colombiano esta forma de justicia que se opone a la retributiva.

3. Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito.
4. La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.
5. El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.
6. Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto.
7. La víctima y el imputado, acusado o sentenciado tendrán derecho a consultar a un abogado.

Mecanismos de justicia restaurativa

El código se ocupa de tres formas o programas de solución de conflictos de justicia restaurativa, sin que sean los únicos, pues las formas alternativas de solucionar conflictos son muchas; algunos autores, entre ellos el profesor BERISTAIN IPIÑA, al referirse a esta forma de justicia la

denomina justicia recreativa, pues la víctima, el delincuente, la comunidad y las familias de los involucrados pueden, a su iniciativa, proponer soluciones acordes con el respeto a los principios del procedimiento penal y los derechos y garantías fundamentales de los intervinientes.

Estos mecanismos son:
 La conciliación preprocesal
 La mediación
 La reparación integral

4.1 LA CONCILIACIÓN PREPROCESAL

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

Mediante la conciliación las partes, refiriéndose al asunto penal, la víctima y el victimario acuerdan sus voluntades para que de una manera consensuada den solución a la con-

troversia originada con el delito en los casos que permite la ley.

Fue mediante la Ley 640 de 2000, como se autorizó la conciliación extrajudicial, permitiendo que las controversias pudieran ser resueltas por personas distintas a los funcionarios judiciales, esto es, conciliadores particulares que hagan parte de los centros de conciliación autorizados.

4.1.1 REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

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

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

4.1.2 LA CONCILIACIÓN PREPROCESAL SE REALIZA ANTE:

el fiscal que corresponda,

o en un centro de conciliación

o ante un conciliador reconocido como tal.

¿Qué debe hacer el fiscal cuando conoce de un delito que es querellable?

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

El estatuto no señala, como lo hace el actual, el término para el cumplimiento del acuerdo. Es decir, el plazo para su acatamiento será el que fijen las partes sin ser necesariamente 60 días; esto depende de los acuerdos en que convengan víctima y victimario. Si en el caso la Policía Judicial ha recogido evidencias materiales de ese hecho punible deberá, archivar con pendiente que el interesado cumpla con el acuerdo de conciliación; si se cumple, se archivan definitivamente las diligencias. Si el acuerdo no se cumple o se cumple parcialmente las diligencias tendrán que ser desarchivadas e iniciarse la acción penal.

Si la audiencia de conciliación se realizare ante un centro o conciliador reconocidos como tales, el conciliador enviará copia del acta que así lo constate al fiscal, quien proce-

derá al archivo de las diligencias si fue exitosa o, en caso contrario iniciará la acción penal correspondiente, si fuere procedente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

4.1.3 INASISTENCIA DE LAS PARTES

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

En cualquier caso, si alguno de los citados estuviese incapacitado, concurrirá su representante legal.

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

4.2 LA MEDIACIÓN

La mediación¹⁷ es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos

de vista y, con su ayuda logren solucionar el conflicto que los enfrenta.

El primer Programa de reconciliación entre víctima y delincuente (llamado VOM, por su nombre en inglés, "*Victim Offender Mediation*") comenzó como un experimento en Kitchener, Ontario, a principios de los años 70 cuando un funcionario de libertad condicional de menores convenció a un juez de que dos jóvenes condenados por vandalismo debían reunirse con las víctimas de sus delitos. Después de los encuentros, el juez ordenó a ambos jóvenes realizar una restitución a las víctimas como condición para la obtención de la libertad condicional. Por lo tanto, los VORP (o Programas de reconciliación entre víctima y delincuente) comenzaron como una sentencia alternativa posterior a la condena basada en la libertad condicional¹⁸.

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

17 Artículo 523 de la ley 906 de 2004.

18 Alonso Rimo, Alberto. Víctima y sistema Penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido. Valencia, Tirant lo Blanch. 2002. pág. 245 y ss. Sampredo, Julio Andrés. La humanización del proceso penal. Legis, Bogotá, 2002, pág. 67.

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

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

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

Luego, las partes se reúnen a fin de identificar la injusticia, rectificar el daño, restaurar los perjuicios, y establecer cronogramas de pago y monitoreo. Ambas partes presentan su versión de los eventos que condujeron al delito y las circunstancias que lo rodearon. La víctima tiene la posibilidad de hablar acerca de las dimensiones personales de la victimización y pérdida, en tanto que el delincuente tiene la posibilidad de expresar su remordimiento y explicar las circunstancias que rodearon su comportamiento. Luego, las partes se ponen de acuerdo con respecto a la naturaleza y alcance del daño causado por el delito a fin de identificar los actos necesarios para reparar el perjuicio sufrido por la víctima. Las condiciones de la reparación acordada, por ejemplo, restitución, servicios en especie, trabajos a favor de la comunidad, pago de daños, términos o plazos para cumplir etc. El acuerdo se recoge en un escrito, junto con los cronogramas de pago y monitoreo¹⁹.

4.2.1 LA MEDIACIÓN PODRÁ REFERIRSE:

- A la reparación del daño,
- A la restitución o resarcimiento de los perjuicios causados;
- A la realización o abstención de determinada conducta;

¹⁹ Varona Martínez, Gema. La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica. Ed. Comares. Granada, 1998. pág. 255 y ss.

-A la prestación de servicios a la comunidad,

o pedimento de disculpas o perdón.

de garantías o juez de conocimiento, según el caso, para que el Fiscal General de la Nación, o su delegado para esos efectos, procedan a designar el mediador.

4.2.2 PROCEDENCIA

La mediación se puede solicitar:

-Desde la formulación de la imputación hasta antes del inicio del juicio oral.

-Procede para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años de prisión

-O cuando la conciliación preprocesal ha fracasado.

-Cuando víctima y victimario deben aceptar expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa.

En los delitos con pena superior a cinco (5) años la mediación será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o casos relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción.

4.2.3 SOLICITUD DE LA MEDIACIÓN

La mediación podrá solicitarse por la víctima o por el imputado o acusado ante el fiscal, juez de control

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

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

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

4.2.4 EFECTOS DE LA MEDIACIÓN

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

Es preciso aclarar que la decisión de acudir a la mediación no es lo que tiene efectos vinculantes, como en el Nuevo Código de Procedimiento Penal, sino el acuerdo a que lleguen víctima y victimario en pro-

ceso de medicación con un tercero neutral e imparcial. El mediador no es administrador de justicia, sino un facilitador, un intermediario neutral entre la comunicación de la víctima y el victimario. El mediador no resuelve, sino que son las partes quienes deciden la orientación del acuerdo. Un mediador con facultades de administrar justicia no fue previsto en la reforma constitucional.

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

4.3 REPARACIÓN INTEGRAL

La justicia restaurativa intenta reparar el daño causado por el delito. De ser posible, esta reparación debe ser realizada por quien causó el daño; por esta razón la justicia

restaurativa valora los esfuerzos de los delincuentes por compensar lo que hicieron.

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

La reparación no se refiere sólo a un pago por los perjuicios causados, sino que comprende también el compromiso de la restitución o devolución, o reemplazar la propiedad objeto del delito, o brindar servicios directos a la víctima o a la comunidad.

4.3.1 PROCEDENCIA

Emitido el sentido del fallo que **declara la responsabilidad penal del acusado**²⁰ y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del ministerio público a instancia de ella, el juez fallador abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, y convocará a audiencia pública dentro de los ocho (8) días siguientes.

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

4.3.2 TRÁMITE

Iniciada la audiencia, el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable:

-Con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira, e indicación de las pruebas que hará valer.

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

El juez examinará la pretensión y podrá rechazarla o admitirla

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

Si admite la pretensión el juez, éste la pondrá en conocimiento del declarado penalmente responsable y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente y lo allí acordado se incorporará a la sentencia. En caso contrario, el juez fijará fecha para

una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación, y de no lograrse, el declarado penalmente responsable deberá ofrecer sus propios medios de prueba.

Audiencia de pruebas y alegaciones. En el día y hora señalados, el juez realizará la audiencia, la cual iniciará con una invitación a los intervinientes a conciliar. De lograrse el acuerdo, su contenido se incorporará a la decisión. En caso contrario, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oirá el fundamento de sus pretensiones.

La ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará:

el desistimiento de la pretensión,
el archivo de la solicitud,
y la condena en costas.

Si injustificadamente no compareciere el declarado penalmente responsable, se recibirá la prueba ofrecida por los presentes y, con base en ella, se resolverá. Quien no comparezca habiendo sido citado en forma debida, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente.

Decisión de reparación integral. En la misma audiencia el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, la cual se incorporará a la sentencia de responsabilidad penal.

4.3.3 CADUCIDAD

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

Tercero civilmente responsable

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

El tercero civilmente responsable podrá ser citado o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima, del condenado o su defen-

sor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente.

Citación del asegurador

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

CONCLUSIONES

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

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

En los sistemas penales actuales, como el nuestro, la víctima ha sido despojada de su conflicto, es decir, el Estado secuestra el conflicto penal para evitar la venganza personal de la víctima o sus afectados con el delito, y dirige toda su atención a la persecución y sanción del autor del hecho, olvidando las necesidades de protección, respeto y consideración de quien ha sufrido la acción delictiva. De esta manera el Estado sienta su interés en el

delincuente, como única manera de controlar el delito. Todas las garantías procesales, así como los derechos fundamentales del delincuente, están protegidas; de ahí que algún autor haya indicado que la legislación penal es la carta manga del delincuente. De esta manera, la deshumanización del sistema penal tiene su reflejo directo en el proceso que ha terminado en convertirse en un instrumento de una justicia formal, que en no pocas ocasiones es generador de mayores daños y perjuicios de los que causan los delitos.

Estos planteamientos parecen tener cabida en el nuevo CPP que próximamente empezara a regir, con la inclusión en su normativa de los mecanismos de justicia restaurativa.

Bibliografía

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

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

--- **Criminología**, victimología y cárceles. Tomo I. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Colección Profesores 22, Bogotá, 1996.

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

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

--- **La resocialización de la víctima**: víctima, sistema legal y política criminal. Criminología y derecho penal al servicio de la persona. Libro - Homenaje al profesor Antonio Beristain. Donostia - San Sebastián, 1989.

Jakobs, Günther. Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons, Madrid, 1995. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo.

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

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

Mir Puig, Santiago. Derecho penal, parte general. 4ª Edición. Barcelona, 1996.

Ricoeur, Paul. "¿Quién es el sujeto de derecho?". Lo Justo. Collección Spirit, Caparrós Editores, Madrid, 1999.

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

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

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

