

LA CONCILIACIÓN PREPROCESAL EN EL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO COMO MECANISMO DE JUSTICIA RESTAURATIVA

DAYANA BECERRA
UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

Resumen: La aproximación que se efectúa en el presente estudio inicia con un acercamiento a las concepciones de conciliación y de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, para con ello establecer si la conciliación en el nuevo sistema penal acusatorio colombiano es un mecanismo de justicia restaurativa garante del derecho de acceso a la justicia. El carácter de mecanismo alternativo de solución de conflictos concibe a la conciliación como una vía alterna a la justicia formal o procesal, eminentemente voluntaria, que en el nuevo sistema penal acusatorio colombiano consagra dicha figura preprocesal para los delitos denominados querellables, al igual que en algunos sistemas penales anteriores, pero con el carácter diferenciador de impartir justicia de corte restaurativo, lo que genera un cambio en la concepción del derecho de acceso a la justicia, y con una finalidad más encaminada a beneficiar a las víctimas, aunado a los esfuerzos por parte de los entes estatales de administrar justicia de forma efectiva.

Palabras clave: conciliación, mecanismos alternativos, derecho de acceso a la justicia, sistema acusatorio, delitos querellables, justicia restaurativa.

La autora: Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada en Convenio con Colciencias, en la línea de investigación "Derecho penal", perteneciente al Grupo Derecho Público, Categoría B Colciencias 2009-2010. [dayana.becerra@unimilitar.edu.co].

Recibido: 22 de septiembre de 2009, evaluado: 12 de noviembre de 2009, aprobado: 30 de noviembre de 2009.

THE PRETRIAL SETTLEMENT IN THE NEW ACCUSATORY SYSTEM AS RESTORATIVE JUSTICE MECHANISM

DAYANA BECERRA
UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

Abstract: The approximated in this study begins with an insight into the concepts of conciliation and alternative dispute resolution, in order to establish whether the reconciliation in the new Colombian criminal justice system, is a guarantor of restorative justice the right of access to justice. The nature of alternative dispute resolution designed conciliation as an alternative to formal or procedural justice, largely voluntary, that the new Colombian criminal justice system, enter the figure for the crimes referred to as pre-complaint, as in some previous penal systems, but the differentiator providing cutting restorative justice, which creates a change in the conception of the right of access to justice, and with a purpose but to benefit the victims, coupled with efforts by of entities to administer justice effectively.

Keywords: Conciliation, alternative mechanisms, right of access to justice, adversarial system, crime complaint, restorative justice.

The author: Researcher from Facultad de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada joined with Colciencias, in the research line "Derecho penal", within the Public Law Group, B Category, Colciencias 2009-2010. [dayana.becerra@unimilitar.edu.co].

Received: September 22, 2009, evaluated: November 18, 2009, accepted: November 30, 2009.

INTRODUCCIÓN

La presente ponencia surge como avance de la investigación denominada “La conciliación preprocesal en el nuevo sistema acusatorio como alternativa de justicia en los delitos de poca gravedad”, cuyo problema de investigación se concreta así: ¿es la conciliación preprocesal, en el nuevo sistema penal acusatorio, un mecanismo de justicia restaurativa, garante del derecho de acceso a la justicia?

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

La importancia del tema propuesto en esta investigación radica en que la conciliación preprocesal, como herramienta de administrar justicia en el nuevo sistema acusatorio, va a tener un protagonismo

El presente artículo es el resultado de un avance de la investigación en curso titulada “La conciliación preprocesal en el nuevo sistema acusatorio como alternativa de justicia en los delitos de poca gravedad”, línea de investigación “Derecho penal” perteneciente al Grupo de Derecho Público de la Universidad Militar Nueva Granada (Categoría B Colciencias 2009-2010).

fundamental en la solución del conflicto penal que surge con la comisión de un delito de poca gravedad o querellable; por lo anterior, esta investigación es necesaria en primer lugar a la hora de comprobar si la conciliación es un mecanismo de justicia restaurativa, que materializa el derecho de acceso a la justicia, y en segundo lugar si es útil, para lo cual es preciso establecer qué ventajas ofrece a las partes acudir a esta nueva figura del derecho penal; será útil en la medida en que posea carácter restaurador y garantice el acceso a la justicia, por lo cual se aporta al conocimiento en el área del derecho penal y procesal, herramientas no solo de conocimiento sino de utilidad práctica para las partes involucradas en un conflicto, abogados y operadores judiciales, que decidan acudir a este mecanismo alternativo de solución de conflictos en el marco del sistema penal acusatorio.

El objetivo fundamental para dar solución a la problemática planteada consiste en determinar si la conciliación preprocesal en el marco del nuevo sistema acusatorio constituye un mecanismo de justicia restaurativa, y si con la misma se garantiza el derecho de acceso a la justicia. Como objetivos específicos se plantea, en primer lugar, establecer el concepto de conciliación; en segundo lugar, fijar qué se entiende por mecanismo alternativo de solución de conflictos; en tercer lugar, comprender el derecho de acceso a la justicia, para, finalmente, establecer qué se entiende por mecanismo de justicia restaurativa.

El presente avance de investigación plantea como hipótesis que la conciliación preprocesal en el nuevo sistema penal acusatorio es un mecanismo de justicia restaurativa, que garantiza el derecho de acceso a la justicia.

I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CONCILIACIÓN

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

La conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, en el Estado moderno, debe entenderse como “una institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociada del conflicto jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal, perteneciente a la rama judicial, la administración, y excepcionalmente de particulares”¹, por lo que es de destacar que un mecanismo consustancial al hombre ha evolucionado con este hasta el Estado moderno, brindando la posibilidad de remediar conflictos, de acuerdo a las modernas formas de organización.

Los motivos por los cuales se justifica recurrir a la conciliación se deben a que esta

... emplea mecanismos más simples, más rápidos, más efectivos, en muchos casos más baratos, directos, e incluso más transparentes que la justicia formal y tradicional, en virtud de la desconfianza generada por los órganos de justicia oficiales, en muchas ocasiones con un alto índice de corrupción, procedimientos formalistas, llenos de trámites que congestionan la administración de justicia, donde en el mejor de los casos importa más la “solución jurídica” que la solución real del problema, donde las partes no tienen espacio, porque los abogados y los funcionarios (jueces, fiscales, policías, secretarios, auxiliares, etc.) han asumido el problema con el fin de aplicar la ley, sin importar lo que piensan y desean los sujetos involucrados en el conflicto, según los procedimientos formalmente establecidos (MAIER, 1993, p. 201).

Es por lo anterior que la conciliación aboga por erradicar la concepción del proceso como “suplicio judicial, ritual político que forma parte de las ceremonias por las cuales se manifiesta el poder” (FOUCAULT, 2004, p, 22).

La importancia actual de la conciliación para los Estados modernos se hace verídica debido a factores de índole práctica, social, jurídica, política e internacional, como la recomendación que desde 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas realizó en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder, formulada en el marco del

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-160 de 1999, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en Milán, en los meses de agosto a septiembre de 1985, la cual también fue adoptada por la Asamblea General en Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985, al establecer como recomendación en cuanto a la conciliación:

7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

En Colombia, la conciliación penal ha sido tratada mediante una regulación especial, diferente a la regulatoria de las demás materias litigiosas; al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

... la conciliación en materia penal no hace parte del ámbito de regulación de las leyes 23 de 1991, 446 de 1998 y 640 de 2001 sino de legislación especial. El artículo 38 del anterior Código de Procedimiento Penal, Decreto Ley 2700/91, modificado por el artículo 6.º de la Ley 81/93, señalaba los presupuestos de la conciliación durante la etapa de la investigación previa o del proceso [...] la Ley 600 de 2000, prescribe que la acción penal se extingue, entre otras causales, por conciliación en aquellos delitos que admitan desistimiento o indemnización integral (arts. 38 y 41). Dispone también el artículo 41, entre otras normas acerca de la conciliación dentro del proceso penal, que “Obtenida la conciliación, el Fiscal General de la Nación o su delegado o el juez podrá suspender la actuación hasta por un término máximo de sesenta (60) días para el cumplimiento de lo acordado”².

En la actualidad, en nuestro país, se observan importantes avances en cuanto a la inclusión de la conciliación como mecanismo preprocesal de solución de conflictos, en el marco del nuevo sistema penal acusatorio, la cual está enfocada

... en deshacer la obra antijurídica llevada a cabo; colocando en los posibles hechos la posición que tenía antes de comenzar el delito (sustitución del *statu quo* ante; reparación *in natura*) pero esto es, en ocasiones, im-

² Corte Constitucional. Sentencia C-1257 de 2001, M. P.: JAIME CORDOBA TRIVIÑO.

posible. Por ello en numerosas oportunidades, sólo se trata de sustitutos de la reparación, de los cuales el más conocido es la compensación por resarcimiento económico del daño (indemnización); existen, sin embargo, otros sustitutos, más alejados del concepto originario, a la víctima y al agente, inclusive, puede convenirles que la satisfacción de su interés se cumpla mediante una prestación del todo alejada del daño original. Importante es el acuerdo compensatorio y la inteligencia de ambos, víctima y victimario, de que así satisfacen en su justa medida el interés del dañado (DÛNKEL, 1990, p. 70).

Respecto a las consecuencias negativas que podrían llegar a pensarse que genera la conciliación, se ha dicho que,

... no obstante, los buenos fines para acudir en materia penal a la conciliación puede llevarnos a asumir un riesgo en contra de la imagen de la administración de justicia [...] su adopción no debe significar la privatización de la justicia penal" (NEUMAN, 2000, p. 70).

Por lo anterior se recomienda que el mecanismo conciliatorio cumpla dos condiciones: en primer término, debe

... aumentar a la vez la eficiencia de la justicia estatal, a fin de beneficiarse del inmenso caudal de experiencias acumulado por la cultura occidental en lo que se refiere, al menos, a la racionalidad del proceso y a la independencia del juez [...] y en segundo lugar debe procurarse que ese instituto constituya [...] no una instancia elitista, simplemente y solamente para que las transnacionales y las grandes empresas en general tengan un instrumento de solución de conflictos a la medida de sus deseos; sino una instancia democrática, para enseñar a nuestro pueblo otras vías de solución que podrían ser más baratas y expeditas que la Administración Estatal de la Justicia, y quizás tan seguras como ésta; de modo que el pueblo se organice para administrar equitativamente sus propios conflictos con instrumentos seguros y fáciles de manejar (ANTILLÓN MONTEALEGRE, 1995, p. 41).

Es necesario precisar que si bien la conciliación se destina para la solución de delitos de poca gravedad, esta no constituye una forma fácil y rápida para estar al día con el trabajo pendiente en las fiscalías, por lo cual

... en ocasiones llegar a un proceso de conciliación puede ser más laborioso que la imposición de una pena. La reparación no es una manera

de agitar la justicia, de sacarse casos, sino de introducir en términos de Derecho penal, en un sentido más amplio, la posibilidad de una justicia negociada. La mediación y la confrontación son aspectos importantes de un proceso dinámico entre víctima y delincuente, de una participación activa para llegar a resolver el conflicto [...] Es claro que el tiempo invertido en la solución de un conflicto penal suele ser inferior al tiempo que la justicia penal tradicional emplea en la atención del caso, desde luego que el sistema tradicional emplea la mayor parte de su tiempo en tramitar papeles y en actos rituales y formales, pero no en atender a sus víctimas (GIMÉNEZ SALINAS, 1996, p. 202).

II. LA CONCILIACIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Afirmar que la conciliación es un mecanismo que permite la solución de conflictos, de forma alternativa, implica que con ella se logra la solución de controversias por un camino diferente a la justicia formal, mediante

... un procedimiento por el cual un número determinado de individuos, trabados entre sí por causa de una controversia jurídica, se reúnen para componerla con la intervención de un tercero neutral –conciliador– quién, además de proponer fórmulas de acuerdo, da fe de la decisión de arreglo e imparte su aprobación [...] la conciliación tiene un carácter esencialmente voluntario, porque son las partes las que, en cada caso en concreto, seleccionan en forma espontánea al particular que habrá de hacer las veces de conciliador, lo cual impide que, desde este punto de vista, se establezca una suerte de permanencia en el ejercicio de dicha función³.

La conciliación, además de ser una alternativa de justicia diferente a la tradicional, forja en el conglomerado social un cambio en la concepción de justicia, y con ello se logra

la consecución de la convivencia pacífica, uno de los fines esenciales del Estado. El hecho de que a través de la conciliación sean las partes, con el apoyo de un conciliador, las que busquen fórmulas de acuerdo para la solu-

³ Corte Constitucional. Sentencia C-893 de 2001, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

ción de un conflicto, constituye una clara revelación de su virtud moderadora de las relaciones sociales. La conciliación extrae, así sea transitoriamente, del ámbito litigioso la resolución de los conflictos, allanando un camino para que las disputas entre individuos se resuelvan por la vía del acuerdo. Además, la conciliación estimula el diálogo, reduce la cultura adversarial y elimina la agudización del conflicto como consecuencia del litigio⁴.

El cambio en la concepción de acceso a la justicia por medio de la conciliación ha generado un planteamiento de la conciliación como la *tercera vía*, con la cual se logra la *reconstitución de la paz jurídica*, cumpliéndose una función pacificadora y que en Austria ha sido denominada como la tercera vía; así, la reparación constituye una consecuencia jurídica distinta y junto a la clásica pena y a la medida de seguridad. En materia penal, con la implementación de la “tercera vía” se busca ver las obligaciones del infractor como la vía de recuperación de la paz *inter partes e inter comunitaria*, con el fin de lograr la convivencia pacífica, y con ello evitar los efectos negativos del señalamiento social y la prisión para el infractor. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado los beneficios de la conciliación:

... si las partes llegan a un acuerdo, el conflicto se soluciona en el mínimo tiempo posible, pero aún en el evento en que no se llegue a un acuerdo, la conciliación permite reducir los asuntos objeto de controversia a aquellos que realmente resultan relevantes y desestimula que el litigio se extienda a temas secundarios o a puntos en los que las partes coinciden, con lo cual el eventual proceso judicial resultará menos oneroso en términos de tiempo y recursos al poderse concentrar en los principales aspectos del conflicto⁵.

En cuanto a

... la función pacificadora, que el derecho penal ha perdido en gran medida, puede alcanzarse del modo más consecuente, bajo evitación de los conocidos efectos negativos de la sanción penal (estigmatización, consolidación y escalada de procesos de socialización de trayectoria negativa, efectos desintegradores de la pena de privación de libertad, etc.), en el

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y MARCO GERARDO MONROY CABRA.

⁵ Ídem.

nivel prejudicial [...] La idea básica de la institución del arrepentimiento activo es que, con la solución del conflicto de derecho civil, desaparecen un interés de satisfacción de la víctima que supere ese marco y, desde el punto de vista de la sociedad, la necesidad de una punición, puesto que el delincuente ha vuelto a la legalidad” (DÛNKEL, 1990, p. 50).

III. LA CONCILIACIÓN EN EL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO

La Constitución Política, reformada en sus artículos 250 y 251 por medio del Acto Legislativo 03 de 2002, confirió a la Fiscalía General de la Nación un nuevo papel en el marco de un proceso de corte acusatorio, el cual se caracteriza principalmente porque

La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías⁶.

Este nuevo procedimiento penal con marcadas tendencias acusatorias no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones: por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia; ya que, por una parte, el juez no es un mero árbitro del proceso, y por otra, intervienen activamente en el curso del mismo el Ministerio Público y la víctima⁷.

Pues bien,

⁶ Constitución Política Colombiana. Artículo 25, inciso 1.º.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

... un examen sistémico de la reforma al proceso penal colombiano evidencia que la actividad investigativa de la Fiscalía General de la Nación se encamina a la consecución de los siguientes fines: (i) la búsqueda de la verdad material sobre la ocurrencia de unos hechos delictivos; (ii) la consecución de la justicia dentro del pleno respeto por la dignidad humana y los derechos fundamentales del procesado; (iii) la protección y reparación integral de los perjuicios ocasionados a las víctimas; (iv) la adopción de medidas efectivas para la conservación de la prueba; y (v) el recurso, dentro del marco estricto de la ley, a mecanismos que flexibilicen la actuación procesal, tales como la negociación anticipada de la pena y la aplicación del principio de oportunidad, de tal suerte que, al igual que sucede en el modelo americano, sólo una pequeña parte de los procesos lleguen a la etapa de juicio oral (PIZZI, 1998).

El nuevo procedimiento penal posibilita el ejercicio de la conciliación preprocesal, puesto que la Ley 906 de 2004, en su artículo 522, consagra que esta “se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal”⁸.

Por lo anterior, es claro que la conciliación preprocesal en el nuevo sistema penal se surte para los delitos querellables, “en tanto que su naturaleza jurídica exige que sea el sujeto pasivo quien determina si dispone o no de la acción penal, por lo que no puede ser suplantado por el ente estatal”⁹.

Para la adecuada comprensión de la conciliación preprocesal penal es necesario clarificar el concepto de delito querellable, partiendo de la clasificación tradicional de los delitos, los cuales

... pueden catalogarse como aquellos que pueden ser investigados de oficio, o en respuesta a denuncia, por oposición a los que requieren, como condición para su procesabilidad, esto es para el inicio de la acción penal, que medie una querrela o petición de parte interesada. La querrela es la solicitud que hace el ofendido o agraviado para que se inicie la investigación. La ley la establece como condición de procesabilidad, porque estima que en ciertos tipos penales media un interés personal de la víctima

⁸ Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004, artículo 522.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-425 de 2008, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA.

del ilícito, que puede verse vulnerado en forma más grave con la investigación que sin ella. En tales casos, restringe la facultad investigativa, condicionándola a la previa formulación de la querrela, como medio de protección de este interés personal¹⁰.

Sin embargo en el desarrollo de la conciliación puede ocurrir que no se llegue a ningún acuerdo conciliatorio, caso en el cual la Ley 906 de 2004 consagra que el imputado tiene derecho a que no se utilice en su contra el contenido de conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse.

Es entendible que el legislador haya establecido la procedencia de la conciliación para los delitos querellables, justificado en que “el contenido de justicia afecta solo la esfera de la víctima y en tal medida admiten desistimiento [...] sin que se oponga al nuevo esquema procesal penal que ella se surta ante un fiscal, a fin de que si hubiere acuerdo entre el querellante y el querrellado, proceder a archivar las diligencias; y en caso contrario, ejercer la correspondiente acción penal”¹¹.

De lo anterior se deduce que las principales novedades de la conciliación preprocesal en el nuevo sistema acusatorio son, en primer lugar, la garantía que otorga al derecho de acceso a la justicia, y en segundo lugar, el carácter restaurativo que le imprime a dicha figura procesal, novedades que trataremos a continuación.

A. LA CONCILIACIÓN COMO DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

La concepción tradicional de acceso a la justicia mediante un proceso judicial ha sufrido cambios significativos, sin que ello implique el menoscabo o detrimento de este derecho, ya que se ha afirmado que en virtud de este

... las personas tienen derecho a ser parte en un proceso promoviendo que la actividad jurisdiccional desemboque en una decisión judicial so-

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-658 de 1997, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-893 de 2001, M. P.: CLARA INÉS VARGAS

bre las pretensiones que se le formulen; el artículo 229 Superior reconoce a todas las personas el derecho a obtener tutela judicial efectiva por parte de los jueces y tribunales que integran la administración de justicia, garantía que entraña la posibilidad de acudir libremente a la jurisdicción siendo parte en un proceso promoviendo que la actividad jurisdiccional concluya con una decisión final motivada, razonable y fundada en el sistema de fuentes¹².

Para la Corte Constitucional colombiana, el derecho a acceder a la justicia tiene un “significado múltiple, entre otros, comprende contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones”¹³, y reitera en constantes pronunciamientos¹⁴ tal significado.

En el mismo sentido la misma Corte ha establecido que el derecho de acceso a la justicia guarda una relación “estrecha con el derecho al recurso judicial efectivo como garantía necesaria para asegurar la efectividad de los derechos, como quiera que no es posible el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso”¹⁵.

Ahora bien, para establecer la relación de la conciliación con el derecho de acceso a la justicia se debe estudiar si aquella acata los componentes y fines que persigue este derecho, ante lo cual la Corte Constitucional ha afirmado que “La conciliación garantiza los componentes del derecho de acceso a la justicia”¹⁶, por lo que el organismo, al reiterar su jurisprudencia¹⁷, ha señalado que este derecho se garantiza también a través del uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

¹² Ídem.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y MARCO GERARDO MONROY CABRA.

¹⁴ Sentencias T-597 de 1992, SU-067 de 1993, T-451 de 1993 y T-268 de 1996.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-268 de 1996, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y MARCO GERARDO MONROY CABRA.

¹⁷ Sentencias T-268 de 1996, C-037 de 1996, C-215 de 1999, C-163 de 1999, SU-091 de 2000 y C-330 de 2000.

Por lo tanto es claro que la conciliación complementa el aparato judicial, brinda una tutela judicial efectiva, posibilita la concurrencia libre y otorga una decisión, al igual que un proceso judicial; de ahí que resulte

razonable el diseño normativo que promueve la intervención de los particulares en la resolución pacífica y negociada de los conflictos jurídicos, la cual no puede desplazar de manera definitiva a la justicia estatal formal, ni puede constituirse en un obstáculo que impida el acceso a ella, la armonización de los principios constitucionales contenidos en los artículos 116 y 229 de la Carta, que exige que tales mecanismos complementen al aparato judicial¹⁸.

El respeto de la garantía constitucional de acceso a la justicia se establece y matiza por medio de la conciliación como alternativa de justicia, ya que el derecho a ser parte en un proceso, “no significa que todas las disputas entre los particulares deban ser resueltas por los jueces, pues [...] la Carta garantiza la existencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación [...] los cuales pueden ampliarse por el Legislador”¹⁹; por ello la conciliación y los demás mecanismos alternativos de solución de conflictos no deben ser interpretados solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que la afectan; en este sentido, es incuestionable su estirpe democrática, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional, evitando la conflictivización de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal: ello en la medida en que éste puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social. Desde esta perspectiva, se ha considerado que el presupuesto básico para la efectividad de la justicia consensual es la existencia de una sociedad civil organizada, integrada cultural, valorativa y norma-

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-652 de 1997, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y MARCO GERARDO MONROY CABRA.

tivamente, ya que “sólo cuando existe congruencia entre los individuos y su comunidad, con valores y deberes compartidos, existe la posibilidad de justicia sin derecho” (AUERBACH, 1983, p. 87).

B. LA CONCILIACIÓN COMO MECANISMO DE JUSTICIA RESTAURATIVA

Para establecer el carácter restaurativo de la conciliación preprocesal, es necesario, en primer lugar, comprender que “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” (MÁRQUEZ, 2007, p. 201), lo que genera que las partes involucradas en un hecho punible resuelvan sus conflictos de forma integral, no en procura de un castigo sino tratando de remediar el daño causado a las víctimas; esta se contrapone a otros tipos de justicia como la retributiva, caracterizada de antaño por dar un mal por otro mal, la cual “no resuelve ni previene el delito o los daños causados” (DOMINGO DE LA FUENTE, 2008), contrapuesta a la restaurativa por no reconocer que el crimen daña a las víctimas y que por lo tanto debe buscarse restablecer sus derechos.

La concepción de justicia restaurativa suele estar íntimamente ligada a

... las expresiones víctima, reconciliación, responsabilización [...] en la actualidad la investigación de formas de justicia más eficaces que den respuestas adecuadas al reo y a la víctima parecer ser un asunto ineludible que necesita experimentar intervención y redefinición normativa” (BERNATE OCHOA et al., 2005, p. 293).

Es por lo anterior que en los sistemas acusatorios, como el naciente en Colombia, se ha buscado introducir mecanismos alternos de solución de conflictos que como “la conciliación y los acuerdos mutuos de reparación constituyen una forma de participación de la víctima en la solución del conflicto penal, redimiéndola así del olvido en que se encontraba” (ESER, 1997, p. 95); la necesidad de escuchar a la víctima, así como a todos los demás sujetos involucrados en el conflicto, hace necesario recurrir a otros métodos de solución, para dirimir el conflictos o al menos transformarlo en otro de menor violencia.

La inclusión en el nuevo Código de Procedimiento Penal de la conciliación preprocesal avizora a esta como “uno de los mecanismos de justicia restaurativa a través del cual víctima y ofensor acuden ante

un tercero imparcial a fin de lograr un acuerdo conciliatorio, en el que a través de una participación activa y cooperante, plasman compromisos recíprocos orientados a superar el conflicto en el que se vieron involucrados”²⁰.

La relevancia actual de la implementación de la justicia restaurativa en el sistema penal colombiano se ejerce entre otros medios a través de la conciliación, por las “orientaciones político criminales, que se reflejan de manera significativa, en el rango constitucional que se imprimió a la justicia restaurativa en materia penal. En efecto, el Acto Legislativo 02 de 2003 explícitamente estableció: “La ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa”²¹.

La conciliación y los acuerdos de reparación han venido a contribuir al

... cumplimiento efectivo de los fines de la pena, que difícilmente se pueden lograr en la justicia penal ordinaria. La reparación conciliada puede ser efectiva desde los puntos de vista preventivos general y especial. Su consideración en el sistema de sanciones no significa, desde el punto de partida aquí defendido, reprivatización alguna del derecho penal, promoción alguna de la reparación como una clase de pena especial, ni tampoco la introducción de un nuevo fin de la pena (MÁRQUEZ, 2008, p. 61).

En el mismo sentido ROXIN considera que “La restitución es, en lugar de ello, una prestación autónoma que puede servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena y que, en la medida en que lo consiga en concreto, debería sustituir a la pena o ser computada para atenuarla” (ROXIN, 1992, p. 98) en caso de proceso pero el delito investigado termine en juicio de culpabilidad.

Al respecto, la Corte Constitucional, al referirse a la justicia restaurativa, asevera que esta es la respuesta a

... las múltiples disfunciones que plantea en la actualidad el sistema penal, tradicionalmente justificado en fines esencialmente retributivos y punitivos

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 2005, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

²¹ Ídem.

vos, ha dado lugar a un significativo auge de nuevos enfoques orientados a enfrentar las inequidades que entraña tal situación. Estos enfoques se fundamentan en la introducción de una perspectiva restauradora como paradigma alternativo a través del cual se puedan enfrentar tales disfunciones y sus consecuencias²².

La implementación actual en nuestro medio jurídico de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como medios de ejecución de justicia restaurativa, se debe al

... auge de la inserción en los sistemas penales de estos mecanismos complementarios para la resolución de los conflictos, como experiencia derivada de otros modelos como los europeos de justicia, en los que se advierte un alcance limitado a la mediación directa o indirecta entre el reo y la víctima y el establecimiento de programas de reparación; así mismo, del anglosajón que adicionalmente incluye métodos comunitarios de resolución de conflictos (MAZZUCATO, 2000, p. 35).

Así, la justicia restaurativa se puede ejercer con otros mecanismos procesales, o a través de la conciliación como mecanismo preprocesal, exhibiéndose esta como

Un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario. El centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido²³.

Así pues, la conciliación penal aboga por la ejecución de la justicia restaurativa, y

... un derecho penal orientado a la reparación es fundamentalmente un derecho penal de la resocialización. Un acto reparador implica no solamente la reparación de la víctima sino también un acto de arrepentimiento del autor y con ello un paso a la interiorización [...] pero también significa, como ha puesto reiteradamente de manifiesto la doctrina alemana,

²² Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 2005, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

²³ Ídem.

que cuando el autor repara acepta públicamente la vigencia de las normas delante de la comunidad y se reafirma la prevención general positiva (MÁRQUEZ, 2008, p. 61).

CONCLUSIONES

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

En la solución de controversias el papel del conciliador es trascendental ya que, en su papel de facilitador, es el que principalmente irradia a la conciliación el carácter de imparcialidad y transparencia, haciendo que el procedimiento sea más directo, sencillo, rápido, simple y efectivo que la justicia tradicional o procesal.

Por lo tanto, la adopción de mecanismos alternativos de solución de controversias ha sido una práctica recientemente implementada en muchos países, en primer lugar, por ser estos medios efectivos para hacer justicia de manera eficiente y eficaz, reparar daños y aclarar responsabilidades, en un ambiente de colaboración para recuperar la paz entre las partes en conflicto; y en segundo lugar, por existir en la comunidad internacional importantes esfuerzos para que su implementación se efectúe con el fin de evitar la impunidad.

Con la entrada en vigencia del nuevo sistema penal acusatorio colombiano, plasmado jurídicamente en la Ley 906 de 2004, se dio un cambio en la concepción de justicia, en el marco de un sistema que permite el diálogo *inter partes*, que no agudiza el conflicto, no sitúa a la víctima u ofendido en una guerra con el agresor o indiciado, eliminando en gran medida el carácter adversarial del proceso, lo cual se hace evidente con la implementación de mecanismos como la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación.

La implementación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos no debe implicar la privatización de la justicia, aspecto de

alto cuidado en materia penal, pues en estos asuntos el Estado no puede renunciar totalmente a la persecución de la actividad delictiva, sin la existencia de fines basados en el bienestar común, que justifiquen la no persecución de la conducta penal, tales como la resolución de conflictos de manera ágil y justa, la reparación de los daños causados, el conocimiento de la verdad y el derecho dispositivo que tiene la víctima de poner en conocimiento del Estado los hechos acontecidos.

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

En el nuevo sistema penal acusatorio, la víctima posee el poder dispositivo en los delitos querellables, para iniciar un proceso, o de buscar un arreglo preprocesal con la participación de un conciliador como tercero imparcial, caso este en el que puede efectuarlo ante el fiscal, un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal. La realización ante el fiscal no implica de ninguna manera vulneración de derechos o de principios propios del sistema acusatorio, pues en caso de que el querellante y el querellado logren llegar a un acuerdo, se deberá proceder a archivar las diligencias, o si la conciliación resulta fallida se procederá a ejercer la acción penal.

Para este propósito, la Ley 906 de 2004 radicó en cabeza de la Fiscalía General de la Nación la misión de dar a conocer la justicia restaurativa, con el fin de fortalecer los conocimientos de los funcionarios de la entidad en esta materia, así como precisar los criterios para la aplicación de una metodología clara en la ejecución de estrategias para abordar los mecanismos de este novedoso sistema.

Es así como en el nuevo sistema penal acusatorio colombiano se generó un cambio a una justicia restaurativa, más enfocada en reparar los daños ocasionados, conocer los hechos, las causas y las consecuencias generadas con la acción delictiva, tanto a nivel psicológico, físico, económico, social y cultural de las víctimas, como a nivel social,

lo que permite a la administración de justicia o a los entes estatales brindar una solución efectiva para las partes en conflicto, sin limitarse a la imposición de la pena en desmedro de la víctima y sus anhelos de reparación, y lograr restaurar la paz *inter partes* e inter comunitaria, sin que las partes estén sometidas a las dificultades procesales, y a innumerables formalidades en la investigación y juzgamiento.

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

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

REFERENCIAS

- ANTILLÓN, W. (1995). *Jurisdicción y resolución alternativa de conflictos*. San José: Colegio de Abogados.
- AUERBACH, J. (1983). *Justice without law*. Oxford: Oxford University Press.
- BERNATE OCHOA, F. et al. (2005). *Sistema penal acusatorio*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (2002). *Acto legislativo 03*.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (2004). *Ley 906*.
- CORTE CONSTITUCIONAL (1992). Sentencia T-597.
- CORTE CONSTITUCIONAL (1993). Sentencia SU-067.
- CORTE CONSTITUCIONAL (1993). Sentencia T-451.
- CORTE CONSTITUCIONAL (1996). Sentencia C-037.
- CORTE CONSTITUCIONAL (1996). Sentencia T-268.
- CORTE CONSTITUCIONAL (1997). Sentencia C- 658.
- CORTE CONSTITUCIONAL (1997). Sentencia C-652.
- CORTE CONSTITUCIONAL (1999). Sentencia C-160.
- CORTE CONSTITUCIONAL (1999). Sentencia C-163.
- CORTE CONSTITUCIONAL (1999). Sentencia C-215.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2000). Sentencia C-330.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2000). Sentencia SU-091.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2001). Sentencia C-1195.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2001). Sentencia C-893.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2005). Sentencia C-591.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2005). Sentencia C-979.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2008). Sentencia C-425.
- DOMINGO DE LA FUENTE, V. (2008). *Justicia restaurativa y mediación penal*. Valladolid: Revista Lex Nova, v. 23.
- DÜNKEL, F. (1990). *La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del derecho penal y de la práctica del derecho penal en la comparación internacional*. Barcelona: Papers D'Estudios I Formació.
- ESER, A. (1997). *La víctima en el proceso penal, su régimen legal en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay*. Buenos Aires: Depalma.
- FOUCAULT, M. (2004) *Evolución de los métodos de castigo*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- GIMÉNEZ SALINAS, E. (1996). "La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el Derecho comparado", *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial.
- MAIER, J. (1993). *Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica, en reformas procesales en América Latina. La oralidad en los procesos*. Santiago: Corporación de Promoción Universitaria.
- MÁRQUEZ, A. (2007). *La justicia restaurativa versus la justicia retributiva, en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria*. Bogotá: Prolegómenos Derechos y Valores (10).

- MÁRQUEZ, A. (2008). *La conciliación como mecanismo de justicia restaurativa*. Bogotá: Prolegómenos Derechos y Valores (11).
- MAZZUCATO, C. (2000). *Mediazione e giustiziariparativa in ambito penale*. Milan: Giuffrè.
- NACIONES UNIDAS. (1985). *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y del abuso de poder*. Milan: Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.
- PIZZI, W. T. (1998). *Trials without truth. Why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it*. New York: NYU Press.
- ROXIN, C. (1992). "La reparación en el sistema de los fines de la pena", en *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- WALTON, R. (1987). *Conciliación de conflictos*. Delaware: Addison-Wesley.