



JUSTICIA RESTAURATIVA Y PROCESO PENAL

Max Alejandro Flórez Rodríguez

INTRODUCCIÓN

En este escrito se hace una breve alusión a la política criminal y su relación con la justicia restaurativa, luego se da una noción de ésta, posteriormente se indican sus elementos esenciales desde los puntos de vista sustancial y procedimental, se hace mención a las prácticas restaurativas, el enfoque restaurativo en las fases preprocesal, procesal y postprocesal que permita acudir a la justicia restaurativa.

Texto con el que se pretende tener un somero conocimiento de la justicia restaurativa y el papel de los jueces frente a ella, pues les corresponde realizar el enfoque restaurativo que propicie que ofensor y ofendido, voluntariamente, vayan a un centro de mediación o de conciliación en equidad para que se inicie el procedimiento respectivo y de llegarse a un acuerdo o un resultado restaurativo, el facilitador lo informe al fiscal o al juez, según la etapa en que se encuentre el proceso penal, para que produzca los efectos previstos en la normativa.

Se señalan los momentos procesales, en la fase de investigación, juzgamiento y después de la sentencia condenatoria, en que el juez de control de garantías, de conocimiento, o de ejecución de penas puede remitir el caso para que el facilitador (mediador o conciliador, entre otros) efectúe lo pertinente con miras a iniciar el procedimiento informal respectivo para que las partes del conflicto consensuadamente adopten la solución, se reconcilien, sea reparado el daño y restablecidas las relaciones sociales destruidas con el delito o conflicto.

I POLÍTICA CRIMINAL Y JUSTICIA RESTAURATIVA

Los discursos y prácticas de corte populista, en materia de política criminal, han llevado a sembrar en la población mayor desconfianza en la capacidad estatal de prevenir la violencia y la actividad delictiva, en la respuesta a los fenómenos criminales cada vez más refinados, tecnificados o impactantes, y en solventar positivamente las expectativas sociales y de las víctimas del delito.

Por ello, el reto de la justicia restaurativa es aún mayor, dado que no solamente implica la posibilidad de abordar la conducta punible, sus causas, sus consecuencias y de tratar de aportar positivamente hacia un futuro basado en la convivencia y la recuperación de la confianza pública entre los involucrados, sino que plantea una transformación radical en la forma en que la sociedad y el Estado, incluida la rama judicial, orientan sus prácticas cotidianas, cambian de perspectiva, entienden e

interpretan los mandatos normativos desde un enfoque de cumplimiento sistémico y sustancial de los más altos valores constitucionales que le dan fundamento y sentido al ordenamiento jurídico colombiano, y materializan su accionar orientado a la obtención de dichos fines.

En otras palabras, la justicia restaurativa implica incluir una mirada alternativa, otra forma de percepción y una práctica institucional diversa a la tradición punitivista que no ha resuelto ni ayudado a resolver problemas sociales o humanos sustanciales, y hacerlo con el más auténtico objetivo de fundar la convivencia en la reconciliación en términos de justicia y equidad, en medio de un océano de dudas y desconfianzas públicas sustentadas en el miedo al otro, a la obstinación frente a reconocer los errores y las faltas, al valor exclusivamente simbólico del perdón, y a la idea común de que solamente con la prisión se nivelan las cargas derivadas del daño que implica el delito.

La justicia restaurativa, así concebida, resulta ser una experiencia valiosa y auténtica, pues no excluye a las partes en la búsqueda de condiciones que permitan reconocer, tramitar, resolver y superar los conflictos como mecanismo de prevención del injusto, contrario a lo que sucede cuando la institucionalidad pretende solucionar parcialmente el problema o, como dijera el profesor Alessandro Baratta, cuando lo que se hace es *robar el conflicto a quienes están involucrados en este*¹.

¹ Baratta, Alessandro. Principios del Derecho Penal Mínimo, en Criminología y Sistema Penal, Compilación *in memoriam*, Montevideo, B de F, 2006, pp. 316 y 324.

II NOCIÓN DE JUSTICIA RESTAURATIVA

La justicia restaurativa se materializa con la reconstrucción consensuada de las relaciones sociales o familiares destruidas con el conflicto, como consecuencia de un resultado restaurativo, derivado del acuerdo alcanzado entre ofendido y ofensor, previo procedimiento, facilitado por un mediador o conciliador en equidad, y desarrollado, generalmente, con el acompañamiento de la familia o la comunidad, donde el uno reconoce al otro como tal y viceversa, el victimario se entera del sufrimiento de la víctima, adquiere consciencia del daño que causó, asume su responsabilidad y repara o restaura, y los dos se reintegran a la colectividad.

En la justicia penal el delito se considera como infracción a la ley, mientras que en la justicia restaurativa, como el daño ocasionado a otro o a la comunidad. Tradicionalmente, la justicia penal reposa sobre los pilares de autoridad de la ley, la seguridad de la sociedad y la educación del culpable, todo gira en torno del trasgresor, con exclusión de la víctima. En cambio, la justicia restaurativa hace énfasis en la singularidad y la memoria del ofendido, o sea, en lo reconstructivo, en el entendido de que el injusto o la injusticia destruye una relación que la justicia debe tratar de reconstruir, o, por lo menos, facilitar que las partes lo hagan; en la cultura de la memoria que lleva la justicia al pasado para recuperarlo, hacer notar que algunos derechos permanecen

quebrantados y cuál es el significado del sufrimiento, lo que es una realidad que permite el reconocimiento mutuo entre víctima y victimario, y, como efecto, la construcción de un futuro, basado en un resultado reconciliatorio, que incluye circunstancias personales de los que se trabaron en el conflicto, las manifestaciones auténticas de arrepentimiento, el deseo de superación de las diferencias, el compromiso de restauración o compensación por el daño, pero sobretodo voluntad de restablecer la confianza y los nexos sociales quebrantados o perdidos².

Un modelo restaurativo tiene en cuenta el delito como un conflicto humano, la existencia de una variada y compleja gama de daños que padecen las víctimas, la necesidad de reinserción del victimario y del ofendido marginado a raíz del comportamiento injusto, y la necesidad de entender que el perjuicio no se agota con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

De tal manera, poner en práctica un enfoque restaurativo en el desarrollo del proceso penal, implica, por una parte, comprender que la sanción, principalmente la prisión, no puede ser la única ni la más importante respuesta del Estado para abordar y resolver los conflictos sociales y, en segundo lugar, que las alternativas dirigidas a contar con instrumentos más eficaces y adecuados para superar la conflictividad y restablecer los derechos o bienes afectados o destruidos con la

² Sanpedro Arrubla, Julio Andrés. La justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas en la solución del conflicto penal, Revista Colombiana de Derecho Internacional, Bogotá, 2010, pp. 87-124.

conducta antijurídica no se encuentran en los mecanismos judiciales tradicionales, sino que debe incorporar herramientas que desde el ámbito comunitario se han venido decantando históricamente para superar la situación irregular y tratar de recuperar el nexo social deshecho, para garantía de los derechos y expectativas de los implicados, y con el objetivo de hacer del conflicto y su adecuada resolución un instrumento básico en el fortalecimiento de la colectividad.

III ELEMENTOS ESENCIALES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

La justicia restaurativa, desde los puntos de vista sustancial y procedimental, está conformada por una serie de elementos fundamentales como son el reencuentro, el reconocimiento, la responsabilidad, la reparación o restauración, la reconstrucción y la reintegración.

Victimario y víctima se encuentran o reencuentran en el programa restaurativo para el diálogo, la reflexión y el autocuestionamiento. El ofensor se entera del sufrimiento del ofendido, dimensiona los efectos del daño ocasionado y el otro conoce la situación o las causas o razones que llevaron a aquél a actuar. Los dos indican sus necesidades, expectativas o intereses.

El ofensor reconoce que cometió un delito, que irrogó un daño y que su interlocutor es el ofendido que lo sufre. La víctima reconoce al primero

como vulnerador de sus derechos y comprende las circunstancias o motivos que originaron su obrar.

El ofensor adquiere consciencia del daño y asume su responsabilidad con las respectivas obligaciones de reparar o restaurar.

En general, se considera la reparación como las acciones de arreglo pactadas para superar la afectación. La reparación material se realiza mediante la compensación, la devolución, o la indemnización. La reparación simbólica consiste en ofrecimiento de disculpas, manifestación de arrepentimiento, solicitud de ser perdonado.

La reparación se divide en restitución y restauración. En aquella se pretende devolver a la víctima a la situación anterior al conflicto, como restituir la tierra al desplazado. En la última, el daño es irreparable no se puede volver a la situación anterior al delito, no es posible devolver lo “perdido”, entonces, hay que restaurar a la víctima en su dignidad³.

La reparación del daño genera la reconciliación entre las partes que han solucionado el conflicto, la reconstrucción de la relación que antes tenían, o, incluso, la construcción de un nuevo nexo.

³ Cfr. Velandia Canosa Andrés. Reparaciones transformadoras y justicia distributiva. Un nuevo paradigma en la jurisdicción especial para la paz y la ley de restitución de tierras. El texto es un capítulo de la obra Justicia Restaurativa (Fundamentos para la reparación integral de las víctimas), directores Reyler Rodríguez Chávez y Eduardo Gabriel Osorio, Ediciones Nuevas Jurídica, Bogotá, 2018, p. 93.

El ofensor se reincorpora al grupo para evitar el aislamiento y la estigmatización de la pena. Así mismo, incluye la reinserción de la víctima a la colectividad, no pocas veces marginada con ocasión de la conducta injusta. De esta manera, se recupera la confianza en el victimario y se reconstruye el tejido social roto con el comportamiento injusto.

IV FUNDAMENTOS LEGALES

Debe resaltarse que el artículo 9.º del Acto Legislativo 03 de 2002, modificadorio del artículo 250 de la Constitución, dice: *La ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.*

Ello es desarrollado en los artículos 518 a 527 de la Ley 906 de 2004 que regulan lo referente a la justicia restaurativa, consagran los principios generales y las condiciones básicas para la remisión de los casos a los programas restaurativos e incorporan algunas definiciones contenidas en el documento *Principios básicos de la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal*⁴.

El artículo 24 de la Ley 1826 de 2017 dispone que *los mecanismos de justicia restaurativa podrán aplicarse en cualquier momento del*

⁴ Anexo al Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre la reunión del Grupo de Expertos en Justicia Restaurativa de 7 de enero de 2002.

procedimiento abreviado... hasta antes de que se emita fallo de primera instancia y darán lugar a la extinción de la acción penal..., mientras que el artículo 524 de la Ley 906 de 2004 permite acudir a dichos mecanismos desde la formulación de la imputación hasta antes del inicio del juicio oral y en los artículos 140 y 178 del Código de la Infancia y la Adolescencia se consagra que *el proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño y las sanciones señaladas en el artículo anterior tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa...*

V EL ENFOQUE RESTAURATIVO EN EL PROCESO PENAL

El Consejo Superior de la Judicatura pretende armonizar la justicia formal con la justicia no formal, o sea, la justicia penal con la justicia restaurativa. Es así como suscribió, por ejemplo, el “*Pacto por la humanización de los sistemas de privación de la libertad en Colombia, desde la Justicia Restaurativa*” que lidera la Procuraduría General de la Nación y un acuerdo con la Alcaldía de Bogotá dirigido a fomentar, entre otros aspectos, la justicia restaurativa en las localidades.

De ahí que las partes de una riña o una discusión deben ser atendidas por el Sistema Local de Justicia, a través de la justicia comunitaria, para solucionar el conflicto y evitar que escale o se agrave hasta el punto que resulte necesaria su judicialización.

La justicia restaurativa opera paralela o extrajudicialmente antes, durante y después del proceso penal, bajo la coordinación de instituciones oficiales, como el Centro Juvenil de Justicia Restaurativa del Distrito Capital, unidades de mediación y conciliación en equidad en casas de justicia y organizaciones no gubernamentales, como la Confraternidad Carcelaria de Colombia y la Fundación Paz y Bien, entre otras⁵.

Por ello, se propone que cuando el conflicto sea un delito, formulada la denuncia, el receptor envíe copia a un centro de mediación o de conciliación en equidad para que adelante el procedimiento de justicia restaurativa, que está regido por el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal con las reglas siguientes:

- 1. 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.*
- 2. Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito.*

⁵ Tapias Saldaña, Ángela Cristina; Oyuela Vargas; Raúl; Lobo Romero, Andrea Catalina; Acevedo Arango Óscar Fernando; Guerrero Zapata, Jazmín Andrea; y Gutiérrez Piñerez, Carolina. Mujeres Privadas de la Libertad. Texto que es un capítulo de la obra Justicia Restaurativa en Colombia (Aplicación desde la academia), Ediciones USTA, 2017, p. 202.

3. *La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.*

4. *El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.*

5. *Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto.*

6. *La víctima y el imputado, acusado o sentenciado tendrán derecho a consultar a un abogado.*

Por otro lado, el mediador es un facilitador, un experto en justicia restaurativa, generalmente, psicólogo, trabajador social o abogado, sapiente en justicia comunitaria o en equidad, que sabe cómo abordar el problema y a las partes para que superen los miedos o temores, se reúnan y logren, mediante el diálogo y el consenso, un resultado restaurativo.

Con relación al manual de directrices de funcionamiento de la mediación, previsto en el artículo 527 de la Ley 906 de 2004, que debe elaborar el Fiscal General de la Nación, la Corte Constitucional expresó: “*es claro que el objetivo del manual... no es el de regular la mediación o los otros mecanismos de justicia restaurativa, en razón que frente a estas*

materias se impone la reserva legal, su ámbito es el determinar los criterios y condiciones que, al interior de la Fiscalía, propicien un desempeño más eficiente de los fiscales en sus funciones... Esas directrices internas del Fiscal General, a través de un manual, no tienen la virtualidad de modificar las reglas y las condiciones establecidas por la Constitución y la ley procesal para la aplicación de los mecanismos de justicia restaurativa en general, y en particular la mediación, sino que se orientan a garantizar su plena observancia”⁶.

De lo anterior surge que el citado manual está destinado a un mejor desempeño de los fiscales frente a la justicia restaurativa, pero no tiene un carácter vinculante para el juez que puede facilitar el acceso de los involucrados en el conflicto a dicha justicia a través de los diferentes mecanismos, como la mediación, la conciliación en equidad, los paneles de impacto, la reparación oblicua, los círculos restaurativos, entre otros.

Se ha hecho referencia a la conciliación en equidad, a pesar de que no está explícitamente consagrada en el Código de Procedimiento Penal como un mecanismo de justicia restaurativa porque ante un resultado restaurativo el juez no puede negarse a darle los efectos correspondientes dentro del proceso penal. La Fiscalía General de la Nación ya dio el primer paso al respecto con la expedición de la Resolución 2417 de 11 de julio de 2017, cuyo artículo 45 dispone que *trasladado el escrito de acusación en los delitos querellables y en*

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 26 de septiembre de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño

cumplimiento del párrafo 2 del artículo 536 de la Ley 906 de 2004, los fiscales promoverán la conciliación como mecanismo de solución conflictos. Adicionalmente, tendrán en cuenta otras formas de justicia restaurativa que podrán aplicarse, en cualquier momento hasta antes de que se emita el fallo de primera instancia. No sobra decir que hay países donde operó la justicia restaurativa durante más de diez años sin reglamentación legal, como Costa Rica⁷.

Tales conciliaciones en equidad y los círculos o reuniones restaurativas, cuando producen un resultado restaurativo, deben ser tenidos en cuenta por el juzgador, según unos, en virtud de una interpretación extensiva del artículo 521 de la Ley 906 de 2004, que estipula que “son mecanismos de justicia restaurativa la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación” o por analogía *in bonam partem*, de conformidad con otros.

En la reunión restaurativa, el facilitador invita a víctima, agresor, amigos y familias. Aquella tiene la oportunidad de hacer preguntas, expresar sus sentimientos, y dar su opinión sobre cuál debe ser el resultado. El ofensor escucha cómo su conducta ha afectado a otro, toma consciencia del daño inferido, las consecuencias de su comportamiento, inicia su transformación, manifiesta su deseo de resarcir y reparara⁸.

⁷ La experiencia acumulada sirvió para que se expidiera la Ley 9582 que empezará a regir el 20 de enero de 2019.

⁸ Wachtel, Ted. Definiendo que es restaurativo, IIRP, Graduate School, 2013. www.iirpledu/pdf/.Defening.Restorative-Spanish.pdf.

En la conciliación, por sus características, no es indispensable la participación de la comunidad, mientras que en los círculos y las reuniones restaurativas, sí. Comunidad que juega un papel importante porque comprende socialmente el problema e interviene en la construcción colectiva de la solución del conflicto al asumir su responsabilidad contributiva en la pacificación y facilitar la integración tanto del ofensor como de la víctima a su entorno⁹.

Mecanismos que requieren de un buen grado de creatividad y sensibilidad respecto de la aplicación de formas novedosas de resolución de los conflictos y que son de posible aceptación por la autoridad judicial, a pesar de no estar consagrados legalmente porque el juez no puede ser ajeno a la realidad y descartar un resultado restaurativo mediante el que se hace justicia y que implica la terminación del proceso abreviado, de conformidad con la finalidad perseguida por el legislador, la modulación de la sanción en el proceso ordinario o en la ejecución de la pena.

Como surge de lo expuesto, la justicia restaurativa es dialogada, consensuada y la construyen las partes; en consecuencia, el juez no la imparte y, por ello, le corresponde *garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño* en el proceso de responsabilidad penal juvenil, de acuerdo con el 140 del Código de la Infancia y la Adolescencia, y seguir un enfoque restaurativo en dicha actuación como en los procesos ordinario y abreviado, o sea, no dejar pasar las

⁹ Dias Dos Santos, Ilison. Derecho penal de garantías, Ilison, B de F, Montevideo, 2018, p. 65.

oportunidades que le brinda el trámite penal para ilustrar al ofendido y al ofensor sobre las características de la justicia restaurativa, los efectos para ellos y la comunidad, la solución del conflicto y la reconstrucción de las relaciones familiares o sociales deterioradas.

En el procedimiento ordinario, con algunas salvedades, la justicia restaurativa es un complemento de la justicia retributiva, no la sustituye, no la reemplaza, sino que implica la implementación de un enfoque restaurativo en las diferentes etapas del proceso penal. Por eso, el artículo 524 de la Ley 906 de 2004 dispone que *en los delitos con pena mínima superior a cinco años la mediación será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción* y el artículo 526 reitera que *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 la sentencia.*

Como la justicia restaurativa es más amplia que la retributiva, tiene en cuenta al ofensor y, principalmente, a la víctima. Se caracteriza porque la respuesta frente al conflicto no es única sino múltiple, idea el futuro y reconstruye las relaciones sociales, los mecanismos de conciliación y mediación, cuando producen un resultado restaurativo, en el procedimiento abreviado, conducen a la preclusión de la actuación o la extinción de la acción penal, de conformidad con el artículo 24 de la Ley

1826 de 2017, pues si la reparación es suficiente para resolver un conflicto social, la pena cede ante ella, como anota Claus Roxin¹⁰.

A continuación se indican las oportunidades en que los jueces pueden adoptar un enfoque restaurativo en cada fase del proceso penal.

Función del fiscal en la indagación preliminar

Obviamente la investigación previa está a cargo de la fiscalía y a ésta le corresponde realizar el enfoque restaurativo durante su desarrollo, por lo que de concurrir la víctima a ampliar la denuncia o averiguar por el avance de la actuación, etc., debe ser informada sobre la justicia restaurativa para que, si es su voluntad, vaya a un centro de conciliación en equidad o mediación para los fines pertinentes.

Cuando un adolescente es capturado en flagrancia, de conformidad con lineamientos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el defensor de familia debe solicitar un estudio de expertos con el fin de establecer su situación familiar, económica, social, psicológica, cultural y sus necesidades. Lineamiento que ha de ampliarse para que tal equipo también lo ilustre sobre las características de la justicia restaurativa, y si voluntariamente se acoge al programa respectivo, copia de lo pertinente

¹⁰ Roxin, Claus. La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones, en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania, Madrid, 1991, citado por Julio Andrés Sanpedro Arrubla, *ibidem*, p. 104.

se envíe a un centro de conciliación en equidad o de mediación, sin que ello impida la judicialización¹¹.

Igualmente, el ampliado lineamiento es conveniente extenderlo a aquellos menores de 18 años en conflicto con la ley penal no privados de la libertad para los fines indicados en el párrafo precedente.

Papel del juez en la investigación penal

Formulada la imputación, el juez de control de garantías, así como ilustra al imputado sobre la posibilidad de aceptar los cargos, también puede indicarle en qué consiste la justicia restaurativa, los beneficios y consecuencias jurídicas, personales, familiares y sociales tanto para él como para la víctima, además de hacer referencia a prácticas restaurativas, como los paneles de impacto y la reparación oblicua. De forma similar, debe proceder cuando el ofendido concurra a alguna audiencia preliminar.

Por otro lado, el artículo 161 del Código de la Infancia y la Adolescencia dispone que, *para los efectos de la responsabilidad penal para adolescentes, la privación de la libertad sólo procede para las personas que al momento de cometer el hecho hayan cumplido catorce (14) y sean menores de dieciocho (18) años. La privación de la libertad sólo*

¹¹ La facultad de expedir dichos lineamientos está consagrada en los artículos 148 y 163 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

procederá como medida pedagógica. Si se ha producido un resultado restaurativo, habrá eventos en los que se ha alcanzado esa finalidad pedagógica, lo que impedirá que se decrete medida de aseguramiento u originará su revocatoria. Si la necesidad del internamiento preventivo obedeció a “*peligro grave para la víctima, el denunciante... o la comunidad*”, de conformidad con el artículo 181, un resultado de aquella índole lleva a la revocatoria de la medida.

En el trámite ordinario, si la necesidad de la medida de aseguramiento radica exclusivamente en la eventual no comparecencia debido a la gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este, según el numeral dos del artículo 312 del Código de Procedimiento Penal, no debe decretarse cuando se ha obtenido con la mediación un resultado restaurativo. En el mismo sentido, cuando se ha impuesto porque constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima (numeral 2 del art. 308) ha de revocarse la medida de aseguramiento, de conformidad con el artículo 318.

El rol del juez en la fase de juzgamiento

Al juzgador le corresponde realizar el enfoque restaurativo mencionado en párrafos precedentes, en la audiencia de acusación (art. 338), pero respecto de la víctima que ha asistido para los efectos previstos en el artículo 340 del Código de Procedimiento Penal, y con relación al ofensor en la audiencia preparatoria del artículo 356 o en la audiencia

concentrada del artículo 359, concretamente darles a conocer el contenido del artículo 519.

Igualmente, si en el marco de la mediación surge un resultado restaurativo, que implique la reparación integral del daño causado, proceden las causales primera¹² y decima octava del artículo 24 de la Ley 906 de 2004, que se refieren al principio de oportunidad.

De la misma manera, si en una conciliación en equidad se produce un resultado restaurativo, en el procedimiento ordinario, por un delito contra el patrimonio económico, se ha de reconocer la disminución de la pena de la mitad a las tres cuartas partes, de conformidad con el artículo 269 del Código Penal, como fenómeno postdelictual, según ha precisado la Corte Suprema de Justicia¹³.

También, el resultado restaurativo viabiliza los preacuerdos y negociaciones cuando el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo (art. 349 del C. P. P), pues ya ha ocurrido el reintegro.

Además, permite superar la prohibición del numeral seis del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006 de no aplicación del “principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los

¹² Chaparro Borda, Víctor Manuel. Sistema de responsabilidad penal para adolescentes (Justicia Restaurativa), Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2010, p 166.

¹³ Sala de Casación Penal, sentencia de 13 de febrero de 2003, rad. 15613, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados”, toda vez que el resultado de aquella especie implica la reparación del daño.

Como antes se anotó, ha de tenerse en cuenta que, en el proceso ordinario, es posible acudir a la mediación desde la formulación de la imputación hasta antes del inicio del juicio oral, por lo que si se trata de un delito perseguible de oficio con pena mínima no mayor a cinco años de prisión en que el resultado restaurativo se logró después de ese límite, no puede aplicarse el principio de oportunidad o causal séptima del artículo 324, sino que sirve para la individualización de la pena (art. 526 del CPP).

El resultado restaurativo frente a los delitos con pena mínima superior a cinco años de prisión tiene efectos en la individualización de la sanción (art. 526). Para ello, debe acudirse al numeral 6 del artículo 55 del Código Penal que consagra como circunstancia de menor punibilidad *“reparar voluntariamente el daño ocasionado aunque no sea en forma total. Así mismo, si ha procedido a indemnizar a las personas afectadas con el hecho punible”*.

Lo mismo es factible en la audiencia del artículo 447 DE LA Ley 906 de 2004, incluso preguntar al acusado si ha participado en un programa de justicia restaurativa o en alguna práctica restaurativa, pues hay entidades no gubernamentales que realizan lo último en forma paralela al diligenciamiento penal.

Actitud similar puede seguir el juez en la audiencia del artículo 189 de Ley 1098 de 2006 porque debe preguntar al adolescente sobre su *“situación familiar, económica, social, psicológica y cultural y cualquier otra materia que a juicio de funcionario sea de relevancia para imposición de la sanción”*, por lo que un resultado restaurativo tiene influencia en la selección de la sanción, siempre y cuando no proceda el principio de oportunidad.

Debe recordarse que el principio de oportunidad es preferente, según el artículo 174 del Código de la Infancia y la Adolescencia, y cuando en la conciliación en equidad o la mediación o cualquier otro mecanismo de justicia restaurativa surja un acuerdo restaurativo, ha de acudir a la causal séptima del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 para suspender el proceso a prueba mientras el ofensor cumple el acuerdo, por ejemplo en la indemnización de perjuicios a plazo, y se obtiene el resultado restaurativo, que permita la finalización de la actuación judicial. Si en el informe a que hace referencia el artículo 526 del Código de Procedimiento Penal se indica que hubo un resultado restaurativo, como la reparación simbólica, no hay necesidad de tal suspensión.

También es posible que el ofensor, adicto a las sustancias psicoactivas, en un mecanismo de justicia restaurativa, asuma la obligación de someterse al tratamiento respectivo que lo lleve a superar tal dependencia, lo que implicaría la suspensión del proceso penal a prueba en uso del principio de oportunidad y originaría la aplicación de la justicia

terapéutica o la incursión en los denominados “modelos de tribunales de tratamiento de adicciones”, que escaso desarrollo tienen en Colombia¹⁴.

Los resultados restaurativos, obtenidos a través de la mediación, han producido los efectos previstos en la legislación penal, al aplicarse el numeral 7 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal en cuanto opera el principio de oportunidad *cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas*, lo que se viene haciendo a iniciativa de algunos fiscales y del Centro Juvenil de Justicia Restaurativa de Bogotá.

Actitud del juez en la ejecución de la sanción

Durante el seguimiento de la sanción es posible ordenar que se haga un estudio psicosocial para saber la situación del adolescente y su evolución frente a la medida decretada o si ha acudido a la justicia restaurativa, o presentado un resultado restaurativo, para proceder a la modificación o su sustitución, de conformidad con los artículos 178 y 187 de la Ley 1098 de 2006.

¹⁴ A nivel internacional se puede consultar el estudio Tribunales de Drogas: Una respuesta internacional para infractores dependientes de drogas. 2013, Comisión Interamericana para el Control y Abuso de Drogas, OEA documentos oficiales, OEA/ser.L/XIV.b.10. Y a nivel nacional, Benavides Vanegas, Farid Samir. Tribunales de Tratamiento de Droga, Estudio sobre su viabilidad en Colombia, Bogotá, 2017.

El resultado restaurativo facilita la sustitución de la prisión penitenciaria por domiciliaria porque ya han sido reparados los daños ocasionados con el delito. En el evento de que no se haya indemnizado, se recomienda que el juez ilustre al sentenciado o condenado sobre los mecanismos de justicia restaurativa que le permitan cumplir la obligación prevista en la letra b del ordinal cuarto del artículo 38B de reparar los daños ocasionados con el delito. *Mutatis mutandis*, lo mismo sucede con la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la libertad condicional.

En cuanto al párrafo 1.º del artículo 29B del Código Penitenciario y Carcelario, adicionado por el artículo 8 del Decreto 2636 de 2004, el resultado restaurativo en mención, “cuando se trate de una conducta punible que admita la extinción de la acción penal por indemnización integral, conciliación o desistimiento” conduce a la libertad inmediata, pues ya se ha reparado integralmente el daño con posterioridad a la condena.

Durante el trámite del proceso y la ejecución de la sentencia condenatoria el ofensor puede acudir a un programa de justicia restaurativa, en los que generalmente se labora y es conveniente que dichas actividades sean tenidas en cuenta por los centros de reclusión como trabajo que sirve para redimir pena. El resultado restaurativo es un elemento de juicio que ha de tenerse en cuenta por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad cuando vaya a pronunciarse sobre *las propuestas que formulen las autoridades penitenciarias o las solicitudes*

de reconocimiento de beneficios administrativos que supongan una bonificación en las condiciones en cumplimiento de la condena, según el numeral cinco del artículo 38 de la Ley 906 de 2004.

En las visitas a las penitenciarías, el juez puede ilustrar a los privados de la libertad sobre las características de la justicia restaurativa y en el evento de que alguno se interese en ella, librar el oficio respectivo a un centro de mediación o de conciliación en equidad para lo pertinente.

Es conveniente de *lege ferenda* que, durante la fase de ejecución de la prisión, el resultado restaurativo lleve a su sustitución por una pena alternativa, como sería el servicio a la comunidad.

El Consejo Superior de la Judicatura propondrá al INPEC que a los procesados y condenados que están a su custodia y al ICBF que exija a los operadores encargados de velar por el cumplimiento de la sanción que a los adolescentes se les dicte un curso de justicia restaurativa, según el numeral ocho del artículo 163 del Código de la Infancia y la Adolescencia, pues se sensibilizarán y muy posiblemente quieran ingresar a un programa de esa índole que les permita reconciliarse con la víctima y la comunidad, además que les sirva para crear comités de convivencia que los lleve a solucionar los conflictos que se presenten entre ellos en los centros de atención especializada.

No sobra indicar que cuando un indígena, condenado por la jurisdicción ordinaria, es traslado al resguardo de donde proviene para que cumpla

la sanción, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad debe expresar en qué consiste la justicia restaurativa, cuáles son sus consecuencias, la finalidad que persigue, al centro de armonización del pueblo originario para que éste invite a la víctima a que brinde su consentimiento para que se adelante el procedimiento ancestral que lleve a un resultado restaurativo, que se comunicará a aquella autoridad judicial con el fin de que produzca los efectos respectivos.

Incidente de reparación integral

Finalmente, en el incidente de reparación integral, al juez le corresponde informar a las partes sus derechos, la naturaleza del proceso y de la conciliación, las consecuencias de la decisión, la razonabilidad y proporcionalidad de las pretensiones con el daño ocasionado con el delito, las necesidades y responsabilidades individuales o colectivas, la toma de conciencia del agravio inferido, el significado del perdón, las ventajas que la conciliación les representa y que se busca la reintegración de la víctima y del infractor a la sociedad en procura de la reparación, la restauración y el servicio a la comunidad. Además, debe ilustrar a los comparecientes sobre el objeto, alcance y límites de la conciliación, motivar a las partes para que presenten fórmulas de arreglo con base en los hechos tratados en la audiencia y realizar propuestas de solución, según los numerales tres, cuatro y cinco del artículo octavo de la Ley 640 de 2001.

Bogotá, 14 de enero de 2019