

La conciliación como mecanismo imparcial de restauración de conflictos en el derecho penal colombiano



AUTOR

CAMILO ANDRES CANO DIAZ

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de:

ABOGADO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO CAMPUS

PROGRAMA DE DERECHO

BOGOTÁ, 15 MARZO 2021

La conciliación como mecanismo imparcial de restauración de conflictos en el derecho penal colombiano

CAMILO ANDRES CANO DIAZ

U0601842@UNIMILITAR.EDU.CO

Resumen

Este ensayo tiene como objetivo clarificar el concepto de la imparcialidad que debe tener el juez y el fiscal en las audiencias de conciliación en el derecho penal colombiano, para lograr una conciliación ideal que beneficie a las partes, teniendo en cuenta a manera de introspección la ley 600 del 2000, así como las diferentes etapas en las que se puede presentar la conciliación penal. En consecuencia, lo que se espera con el presente documento es demostrar la importancia que tiene la imparcialidad y el posterior alcance que genera la conciliación en el derecho penal colombiano.

Por consiguiente, este ensayo es de tipo argumentativo e investigativo, pues expone un contenido conceptual de los temas abordados, presentando el alcance de los conceptos principales, para luego explicar y comparar cómo se presenta la imparcialidad en los sistemas penales colombianos, detallando en qué momentos se puede dar la conciliación penal y cómo debe darse una correcta imparcialidad en el fiscal y el juez.

Por último, se explica cómo la conciliación, al ser imparcial, genera una restauración entre la víctima y el victimario, toda vez que, como mecanismo alternativo de solución de

conflictos no solo descongestiona los despachos judiciales, sino también restaura la situación de las partes generadas por el conflicto a cargo del victimario y lo transforma para que no solamente se repare a la víctima de manera integral, sino que también exista una resocialización en el victimario, con el compromiso de no repetición para llegar a recomponer el tejido social.

Palabras clave: conciliación, imparcialidad, restauración, transformación, tejido social.

La conciliación como mecanismo imparcial de restauración de conflictos en el derecho penal colombiano

Introducción

Desde 1991 existe la conciliación de origen constitucional en Colombia como un mecanismo alternativo de solución de conflictos en temas que pueden ser materia de transacción, los que se puedan desistir o los que estén permitidos por la ley, a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral, imparcial y calificado, denominado conciliador (ley 640, 2001).

La conciliación en materia penal puede darse de manera pre-procesal, procesal o extraprocesal. La primera se realiza como requisito para poder dar inicio al procedimiento por el fiscal o por un abogado conciliador, la segunda se realiza dentro del procedimiento, y la tercera se realiza por fuera del procedimiento y esta última puede realizarla un abogado conciliador en un centro de conciliación privado.

De esta manera el conciliador puede ser un servidor público o un particular autorizado para ello, ya que la Constitución Política de Colombia autoriza a los particulares a administrar transitoriamente justicia (constitucion, 1991). En el primer caso son conciliadores los fiscales, jueces, comisarios de familia, defensores de familia, delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, personeros municipales y centros de conciliación de entidades públicas. Por otro lado, los abogados particulares autorizados por el Ministerio del Interior y de Justicia, los centros de conciliación de universidades de manera gratuita, los centros de conciliación particulares, y los conciliadores en equidad.

La conciliación en el derecho penal colombiano existe desde el sistema mixto con la ley 600 del 2000 en donde los fiscales podrían conciliar durante la etapa de investigación previa

e instrucción y podían llevarla a cabo hasta antes de precluir investigación o dictaminar resolución de acusación. Por otro lado, con la Ley 906 de 2004, los fiscales se encuentran en el régimen del sistema penal acusatorio, por lo tanto, están facultados para realizar la conciliación pre-procesal, pues esta es obligatoria, al ser requisito de procedibilidad en los delitos querellables antes de iniciar la acción penal.

Según la (Ley 906, 2004) la conciliación también se realiza en los casos de reparación integral con posterioridad a la sentencia que declara la responsabilidad penal del acusado (previa solicitud de la víctima, del fiscal o del Procurador) ante el juez de conocimiento. De otro modo, la conciliación pre-procesal se lleva a cabo por un fiscal de control de garantías, un fiscal de las Salas de Atención a Usuarios -SAU o Unidades Móviles de Conciliación de la Fiscalía¹, o ante el fiscal de las Casas de Justicia². También pueden darse ante un centro de conciliación de particulares o de entidades públicas o ante servidores públicos administrativos autorizados legalmente para ello, y ante un conciliador en equidad en los delitos querellables, siempre y cuando no esté expresamente prohibido, ya que ellos tienen competencia sobre todos los asuntos susceptibles de ser conciliados, siendo los delitos querellables algunos de éstos³. Los delitos conciliables son todos aquellos querellables, es

¹ Las Salas de Atención al Usuario son un espacio de atención al público por parte de la Fiscalía General de la Nación en los distritos donde se implementa el sistema penal acusatorio en Colombia. Son coordinadas por un Fiscal, y en ellas se presta el servicio de conciliación pre-procesal y la orientación y asistencia a las víctimas de delitos. Para más información sobre este tema Ver: Resolución 0-2984 de 15 jul. 2005, “por la cual se reglamenta el modelo organizacional de salas de atención al usuario para el sistema penal acusatorio

² Las Casas de Justicia son una iniciativa emprendida por el Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia, para facilitar el acceso de comunidades a servicios de justicia formal y no formal. Consiste en que en un solo espacio físico se brindan diversos servicios jurídicos a cargo de entidades estatales, tales como, la fiscalía, la comisaría de familia, la defensoría del pueblo, el registro civil, los conciliadores en equidad, entre otros

³ En este punto, y aun cuando la conciliación en equidad no está tan desarrollada en el país, es importante mencionar que la ley no prohíbe que el conciliador en equidad realice conciliaciones en materia penal, ya que lo faculta para conciliar sobre todos los asuntos conciliables. Además, el

decir, los que solamente pueden ser denunciados ante la jurisdicción penal por la víctima u otra persona legalmente autorizada para ello⁴ y en estos casos la víctima puede desistir de la acción penal.

Ahora bien, este trabajo pretende señalar algunos problemas alrededor de la imparcialidad que tienen los sujetos procesales y de cómo esta ayuda a la reconstrucción del tejido social. También aclara problemas sobre la conciliación penal pre-procesal en el sistema acusatorio en Colombia, especialmente, frente al alcance que tiene, ya que en el sistema penal acusatorio no existe un término de cumplimiento de los acuerdos, a comparación de la ley 600 del año 2000 en donde si existía un tiempo para el cumplimiento de los acuerdos, y para esto se contó con información doctrinal, normativa y jurisprudencial, al igual que entrevistas con fiscales y derechos de petición que se enviaron a la fiscalía para la completa redacción de este ensayo.

El presente ensayo está estructurado en cuatro capítulos: el primero muestra una definición, unos antecedentes, unos requisitos y el alcance del concepto de conciliación en el derecho penal colombiano. El segundo señala la imparcialidad, comenzando con su definición y su alcance, para luego abordar los sistemas penales y poder por último hacer una comparación entre ellos respecto de la imparcialidad. El tercero presenta la figura del fiscal como conciliador y de las etapas que deben manejarse para realizar la audiencia de conciliación y el cuarto capítulo se enfoca en cómo la conciliación transforma el conflicto y restaura el daño causado.

Ministerio del Interior y de Justicia, ha mencionado que los conciliadores en equidad tienen competencia sobre delitos querellables.

⁴ La regla general en Colombia es que los delitos querellables son iniciados por petición expresa de la víctima; sin embargo, la ley facultó para interponer querrela al Defensor de Familia en los casos del delito de inasistencia alimentaria, y al Procurador General cuando el delito afecta el interés público o colectivo.

Es por ello, que el presente estudio busca responder el siguiente cuestionamiento:

¿Es la imparcialidad un elemento esencial de la conciliación para la recomposición del tejido social en el derecho penal colombiano?

Por todo lo anterior, se ha fijado el siguiente objetivo general: Clarificar el concepto de imparcialidad que deben manifestar el juez y el fiscal en los escenarios de conciliación, con base en el derecho penal colombiano, con el fin de lograr una conciliación justa e ideal que beneficie y satisfaga a las dos partes.

Y para contribuir al logro de dicho objetivo general se han precisado los siguientes objetivos específicos:

Objetivos específicos:

- 1-** Revelar la importancia y el alcance que presenta la conciliación en el derecho penal colombiano a partir de un procedimiento imparcial del funcionario judicial.
- 2-** Desarrollar el concepto de imparcialidad que tiene el fiscal al momento de realizar audiencias de conciliación.
- 3-** Explicar cómo la imparcialidad es esencial como elemento transformador y restaurador del conflicto y del tejido social, en el derecho penal colombiano.

La conciliación como mecanismo imparcial de restauración de conflictos en el derecho penal colombiano

La palabra conciliación proviene del latín “*conciliation*” que emana del prefijo unión y del verbo llamar, por lo que se entendería que la conciliación significa “llamar a la unión”. La conciliación es un mecanismo de acceso a la administración de justicia, pues se desprende de sus características propias porque el acuerdo al que llegan las partes, resuelve de manera definitiva el conflicto, evitando así que las partes acudan a un juez que les ayude a resolverlo. La Corte Suprema de Justicia explica que:

Es una institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante solución negociada de un conflicto jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal perteneciente a la rama judicial o a la administración y excepcionalmente de particulares. (Corte Suprema De Justicia, Sala de casacion penal, SP24650, 2008)

La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que puede realizarse por fuera del proceso judicial o en el curso del mismo y este puede ser voluntario, así como puede ser obligatorio cuando es requisito de procedibilidad y puede llevarse a cabo por un conciliador en un centro de conciliación. También la conciliación es conocida por resolver conflictos con la intervención de un tercero que obra como un facilitador entre las partes para encontrar una solución al conflicto (Corte Constitucional C. , c-893, 2001).

Es necesario saber que la conciliación penal crea un espacio de diálogo, en donde las partes acceden a tratar los perjuicios derivados del hecho delictivo; dándole la oportunidad a

la víctima de ser escuchada y expresar como quiere ser reparada, y así mismo, valorar el daño causado y reclamar la reparación más satisfactoria (Ahumada, 2010).

Para el derecho penal colombiano la conciliación:

Es el acto jurídico e instrumento por medio del cual las partes en conflicto, antes de un proceso o en el transcurso de este, se someten a una audiencia para llegar a un convenio de todo aquello susceptible de transacción y que lo permita la ley, teniendo como intermediario, objetivo e imparcial, la autoridad del juez, otro funcionario o particular debidamente autorizado para ello, quien previo conocimiento del caso, debe procurar las fórmulas justas de arreglo expuestas por las partes o en su defecto proponerlas y desarrollarlas, a fin de que se llegue a un acuerdo, el cual contiene derechos constituidos y reconocidos con carácter de cosa juzgada. (Vargas, 2000, p. 36)

Esta definición permite establecer que la conciliación se presenta en los casos que susceptibles de transacción y en donde la Ley lo permite, lo cual significa que la conciliación en el derecho penal colombiano no solamente versa sobre los delitos querellables, pues existen delitos que no son querellables y que son susceptibles de transacción y de conciliación. También permite apreciar que el fiscal al ser el funcionario autorizado en el proceso, puede desarrollar la audiencia de conciliación al igual que el juez o un particular debidamente autorizado.

La Corte Constitucional expuso que:

La conciliación es 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- quien, además de proponer fórmulas de acuerdo, da fe de la decisión de arreglo y le imparte su aprobación. El convenio al que se llega como resultado del acuerdo es obligatorio y definitivo para las partes que concilian. (Corte Constitucional s. , C-893, 2001)

Se puede decir entonces que la conciliación en derecho penal es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, en donde las partes en conflicto originado por un hecho punible, intentan solucionar sus problemas por medio de fórmulas de arreglo, buscando así que se reparen los daños causados a la víctima, con la ayuda de un tercero.

La Corte también manifiesta que la conciliación:

constituye 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. (Corte Consitucional, 2005)

Para darle una contextualización a este ensayo es necesario revisar los antecedentes de la conciliación en el derecho penal colombiano y de este modo poder establecer que según (Corte Constitucional C. , C-1257, 2001) , la conciliación se ha conocido desde siempre, como el mecanismo por excelencia para resolver conflictos en cualquier área. En Colombia la conciliación penal ha sido tratada mediante una regulación especial, diferente a la establecida para las demás materias litigiosas, al respecto la Corte Constitucional ha dicho

que 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.

En materia procesal penal ha sido más reciente que en las demás áreas del derecho ya que el artículo 2 del decreto 1861 de 1989 (Decreto 1861, 1989) el cual reformó el decreto 50 de 1987 (Decreto50, 1987) en su artículo 31 bis, consagró la conciliación en la etapa de indagación o durante el proceso siempre y cuando sean delitos querellables. La conciliación en 1989 según (Romero, 2006) se implementaba cuando se tratará de delitos cuya investigación sólo podía adelantarse una vez el afectado formulará la respectiva queja o querrela. El legislador estableció que la investigación se iniciaba solo si el interesado quería, pero de igual forma, este podía desistir una vez iniciado el correspondiente proceso, y esto ocurría cuando la víctima acordaba o recibía el pago de una indemnización por los perjuicios económicos causados por la conducta punible en una audiencia de conciliación.

El anterior código de procedimiento penal, el decreto 2700 de 1991 en su artículo 38 consagraba la conciliación en la investigación previa en los delitos querellables y luego de esto se evidencia todo un capítulo de la justicia restaurativa en donde lo que se busca es lograr acuerdos entre víctima y victimario de aquellas conductas que, siendo penales, pueden ser conciliadas, evitando así el inicio de la acción penal.

Mediante la ley 81 de 1993 se reguló la conciliación para aquellos delitos que podían ser objeto de desistimiento y según(Romero, 2006) se “consagró la conciliación en el tema de la indemnización de perjuicios, e incluso para los delitos en los que se debía dar inicio por oficio, siempre y cuando pudieran ser objeto de indemnización integral”(p. 254). Para lograr la conciliación esta ley mencionó que en la apertura de instrucción el fiscal tenía que realizar una audiencia de conciliación.

Con el Decreto 1818 de 1998 se reconoció la importancia de la conciliación al establecer casos en los cuales el imputado o perjudicado podía acudir en cualquier momento del proceso, por sí mismo o por medio de apoderado, ante el funcionario judicial de conocimiento, o ante los centros de conciliación o conciliadores en equidad, contemplados en los artículos 66 y 82 de la Ley 23 de 1991, en busca de un acuerdo conciliatorio, y el acuerdo logrado debía presentarse ante el funcionario de conocimiento para que decretara la extinción de la acción (Romero, 2006).

En el año 2000, mediante la Ley 600, se habla de la conciliación cuando se trata de delitos en los que se puede desistir o en los que se puede dar una reparación integral, por ende, el fiscal debía citar a audiencia de conciliación en la apertura de instrucción. Esta conciliación debía cumplir algunos requisitos, y dicha ley buscaba por medio de la conciliación la finalización de los procesos antes de comenzar con la investigación.

Posteriormente la legislación colombiana da un paso bastante grande en materia de conciliación al crear la (Ley 906, 2004), una ley con tendencia acusatoria, basada en el principio de oralidad, ampliando de esta manera las oportunidades para conciliar y para terminar el proceso penal de manera pre-procesal, también se consagró la conciliación como requisito de procedibilidad para los delitos querellables, la conciliación como método de justicia restaurativa, siendo esta un mecanismo que busca reparar y restaurar a la víctima y como mecanismo utilizado para la indemnización integral, dándole la importancia suficiente para que esta pueda acabar con el proceso penal.

La conciliación: una mirada desde el derecho penal colombiano

Viendo la evolución histórica que ha tenido la conciliación, es notorio el alcance que tiene y su importancia, pues no solo resuelve un conflicto, si no también busca la reconstrucción del tejido social, por lo cual, al conocer sus antecedentes será más fácil hablar de la conciliación en el derecho penal colombiano.

Al hablar de la conciliación, es necesario entenderla como un acto jurídico, pues se deduce que las partes realizan un acta, la cual debe tener cuatro requisitos para su existencia y validez en el ámbito jurídico. Estos requisitos legales dan vida a la conciliación y ratificaran su propósito.

La capacidad es el primero de estos requisitos, pues para que se levante el acta de conciliación es lógico que las partes deben gozar de capacidad plena y absoluta que les permita tomar decisiones en derecho, esto es que tengan la mayoría de edad, que no tengan ninguna discapacidad mental y que si son sordomudos estén asistidos por traductores.

El consentimiento, según él (Codigo Civil Colombiano, 1873) manifiesta desde su artículo 1502 hasta su artículo 1524 que este es otro de los requisitos de existencia y validez de la conciliación, este requisito busca que la conciliación sea libre de vicios, de error, fuerza o dolo. Y el objeto y causa lícita es el último de los requisitos de existencia y validez de la conciliación, que estipula que debe existir un objeto determinado y lícito y debe tener una causa o motivo lícito, que no sea contrario a la ley.

Requisitos de la conciliación en el derecho penal colombiano

En la ley 600 del 2000, uno de los requisitos de eficacia de la conciliación, es que dentro de los cinco años anteriores no se haya proferido en otro proceso preclusión de la investigación o cesación de procedimiento en favor del investigado, imputado o acusado por

el mismo motivo, y esto se debe a que la conciliación no puede verse como un mecanismo de desistimiento del proceso, pues la facultad de conciliar no le debe permitir al procesado, que cada vez que quiera pueda delinquir y de esta forma quedar exento de responsabilidad penal al lograr una conciliación.

En primer lugar en toda conciliación se debe verificar que el delito sea de carácter conciliable, en segundo lugar es necesario verificar que no le fuera deducida alguna circunstancia específica de agravación punitiva de las contenidas en el artículo 121 del Código Penal, en tercer lugar se debe verificar que entre víctima y victimario hubiera un acuerdo respecto del monto de la indemnización de perjuicios, declarando el perjudicado haber recibido a satisfacción, en cuarto lugar se verifica que el procesado no tenga órdenes de captura vigentes, medidas de aseguramiento, preclusiones, cesaciones por indemnización integral y sentencias condenatorias ejecutoriadas, y por último se debe tener en cuenta la petición elevada tanto por el procesado como por el perjudicado (Sala de Casacion Penal, 2007).

El estatuto procesal penal del 2000 establece en su artículo 41 que:

El funcionario judicial aprobará las conciliaciones solo hasta antes de proferirse sentencia de primera instancia, y en el asunto examinado por la Corte, esta no se entiende proferida hasta cuando quede ejecutoriada, luego de esto la corte profiere jurisprudencia en torno a las exigencias para que sea efectiva una conciliación en cualquier etapa procesal las cuales se expresan en los siguientes términos: a) Que el delito respectivo corresponda a uno de los allí relacionados; b) Que se haya reparado integralmente el daño ocasionado de conformidad con el dictamen pericial, a menos que medie acuerdo sobre su

valor; c) Que dentro de los cinco años anteriores no se haya proferido en otro proceso preclusión de la investigación o cesación de procedimiento a favor del procesado por el mismo motivo; d) Que la reparación tenga lugar antes del fallo de casación (ley 600, 2000).

La conciliación: ¿qué importancia y alcance genera en el derecho penal colombiano?

La Fiscalía General de la Nación en respuesta a un derecho de petición (Fiscalía General de la Nación, 2020), expresa que la conciliación es tan importante que descongestiona despachos judiciales con más de un millón de procesos al año, por ende, no solo tiene efectos de sentencia judicial, sino que recorta el procedimiento para llegar a una solución del conflicto mucho más rápido y que de esta forma los despachos judiciales puedan liberarse de procesos de delitos menos graves, para de esta manera centrarse en los delitos de mayor impacto social.

Una audiencia de conciliación finalizada satisfactoriamente es la que genera un acta de conciliación la cual produce efectos jurídicos alcanzando a tener los mismos efectos de una sentencia judicial ejecutoriada, esto es que hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo; por tal motivo es uno de los factores que le dan importancia a la conciliación.

Ahora bien, el acta de la audiencia de conciliación exitosa tiene efectos de una sentencia judicial, lo cual provoca que más personas quieran acercarse a dirimir dichos conflictos en una audiencia de conciliación, terminando sus conflictos de una manera más rápida y segura en vez de avanzar en un proceso penal largo, oneroso y desgastante, dando la opción que, en Colombia, las víctimas de delitos se acerquen a buscar de manera eficaz la solución del conflicto buscando una reparación y una no repetición del delito. De este modo las víctimas se sentirán mucho más seguras, pues dicha audiencia de conciliación se celebra frente a un

fiscal. A modo de ejemplo, el delito de inasistencia alimentaria, en el que la madre se acerca al fiscal para denunciar al padre del menor por el delito de inasistencia alimentaria impetrado a su hijo menor, en este caso, la audiencia de conciliación se realiza frente al fiscal quien funge como conciliador y que al estar en presencia de un delito debe darle inicio a la acción penal y acompañar a la víctima en el proceso para ser reparada integralmente. Este es uno de los aspectos más importantes de la conciliación, pues es totalmente segura en el derecho penal colombiano ya que con la presencia y presión del Fiscal se asegura la reparación y no repetición de un delito o la persecución penal al victimario.

El alcance que tiene una audiencia de conciliación exitosa se manifiesta en sus efectos: el primero de ellos es que esta genera un acta de conciliación la cual produce efectos de cosa juzgada lo que se traduce en que reemplaza a una sentencia ejecutoriada impidiendo que ese asunto en particular y que ya fue objeto de conciliación ,no se vuelva a denunciar ni a continuarse con los demás procesos que se adelanten en otros juzgados, instancias o áreas del derecho y que versen sobre los mismos temas; el segundo efecto es que esta acta compromete a las partes en el sentido que presta mérito ejecutivo lo que significa que una vez adquiridas ciertas obligaciones, estas deberán cumplirse a cabalidad so pena de proceder la vía civil ejecutiva para hacer efectivo el cobro de las obligaciones adquiridas e incumplidas. La instancia conciliatoria es tan importante que requiere de su agotamiento para poder iniciar, en algunos casos, la vía jurisdiccional ordinaria al no haberse obtenido un Acta de Conciliación exitosa, ya que la audiencia de conciliación se considera requisito de procedibilidad cuando se quiere iniciar el procedimiento penal cuando se presenta un delito querellable.

Ahora bien, junto con el acta, la conciliación tiene diversos alcances, el primero de ellos es que el acta de conciliación hace tránsito a cosa juzgada, lo cual significa que los acuerdos a los cuales se llegaron en la audiencia de conciliación, aseguran que lo consignado en esa acta, no sea objeto de debate en un proceso judicial o en otro proceso resuelto por un mecanismo alternativo de solución de conflictos, esto, porque se busca darle credibilidad y certeza a la conciliación y a lo que ahí se pacte. De otra parte, la conciliación presta mérito ejecutivo, lo que significa, que, en caso de un incumplimiento con lo contenido en el acta de conciliación, se puede exigir el pago por vía judicial mediante un proceso ejecutivo.

Sin embargo, existe otro aspecto importante, y es que, cuando no se llega a ningún acuerdo en la audiencia de conciliación, se permite seguir el procedimiento acudiendo a la justicia. Pero en el derecho penal el alcance que tiene la conciliación es más riguroso, pues no solo hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo, sino que también le da terminación al procedimiento penal, impidiendo la imputación del indiciado y cesando las actividades del Fiscal. En este eventual caso, mediante un acta de conciliación, no solo se está llegando a un acuerdo entre las partes, sino que también, se está cesando la persecución penal, y se le está diciendo al fiscal que archive el proceso al detener la investigación penal.

El alcance que tiene la conciliación es tan grande e importante, que según (Fiscalía General de la Nación, 2020), en Colombia se presentaron desde el 2006 hasta el 20 de febrero del 2020 entre audiencias de conciliación pre-procesales y las audiencias de conciliación presentadas en el incidente de reparación integral 1.048.575 conciliaciones con acuerdo satisfactorio, a comparación de las audiencias de conciliación con acuerdos satisfactorios presentadas entre el año 2005 y 2006 en Colombia, que según (Villadiego, 2015) fueron 50.196, por ende, dentro del año 2006 y el año 2020 el incremento presentado por año fue de

un 80% llegando a realizarse hasta 80.659 conciliaciones con acuerdos satisfactorios en el país durante un año. Se puede inferir que en Colombia las conciliaciones han sido exitosas tanto en hallar un acuerdo entre las partes como en el procedimiento de la audiencia de conciliación, sin embargo, es tarea del fiscal, luego de fungir como conciliador y redactar un acta de conciliación, realizar un seguimiento a los acuerdos pactados, pues esto hace referencia a uno de los alcances que tiene la conciliación.

Imparcialidad en las Audiencias de Conciliación

Según la (Real Academia Española, 2020), la imparcialidad es “la falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”. De este modo la imparcialidad significa estar libre de prejuicios, por lo cual, solo puede tomarse una decisión y llevar a cabo un asunto centrándose en la objetividad de este, dejando de lado la subjetividad.

La definición no limita únicamente a considerar la imparcialidad como el modo de llevar a cabo un asunto de manera recta basándose solamente en la objetividad, por ende, en los jueces, esta se manifiesta a través de los impedimentos y las recusaciones; de tal modo que, si en un proceso alguna de las partes siente un motivo de duda sobre la imparcialidad del juzgador, aquel debe proponer la correspondiente recusación. De este modo, la imparcialidad permite juzgar con rectitud, que según (Ucha, 2014) se define como la forma de comportarse y actuar de manera correcta, expresando sinceridad y coherencia ajustado a la ley y a la justicia.

En Colombia el debido proceso es un derecho rector en todas las áreas del derecho y para que un debido proceso se dé, la imparcialidad debe reinar ya que es el núcleo central de la función de juzgar. La imparcialidad es considerada como un principio que el estado debe

garantizar en todo procedimiento, pues sin un juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional, pues según (Montoya, 2019), el proceso jurisdiccional es el conjunto de actos en el cual un órgano con facultades jurisdiccionales aplica las normas jurídicas necesarias para resolver la controversia.

La primera en contemplar la imparcialidad es la Constitución Política, (constitucion, 1991) pues estipula que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones públicas” (Art. 209).

Luego de esto el Código de Procedimiento colombiano (Ley 906, 2004) contempla la imparcialidad “en el ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia” (Art. 5). Enfatizando de esta manera, que la imparcialidad no solo la tiene que tener el juez, sino también el fiscal, pues el fiscal es quien debe presentar la preclusión de la investigación en los casos mencionados en la ley.

Según la (Corte Constitucional C-450, 2015), el principio de imparcialidad se refiere a una falta de prevención en favor o en contra de alguien o de algo, que permite juzgar con rectitud. Es por esto que los jueces deben administrar justicia sin tener ningún tipo de relación o de cualquier circunstancia que le impida adoptar una decisión justa y equilibrada. Se tiene claro que la imparcialidad solo debe darse por criterios objetivos, sin embargo, existe una imparcialidad subjetiva y objetiva. La imparcialidad subjetiva va encaminada a prevenir que el juez tenga algún tipo de inclinación hacia alguna de las partes. Por otro lado, la imparcialidad objetiva, aduce que dicho principio está dirigido a evitar que el juez asuma un caso sobre el cual ya tiene una determinada posición o una idea preestablecida.

El alcance que tiene la imparcialidad dentro de cualquier proceso judicial según (Corte Constitucional C-496, 2016), se predica del derecho de igualdad de tienen todas las personas ante la ley y que es una garantía de la que todos los ciudadanos pueden gozar frente a quien administra justicia, por lo tanto, no es solo un asunto ético y moral, pues se necesita dar confianza a los ciudadanos siendo recto en los procedimientos judiciales y también se necesita dar una responsabilidad judicial

Conciliación pre-procesal: una mirada desde la ley 600 del 2000

Es de gran importancia analizar la imparcialidad que se daba en la conciliación pre-procesal en la ley 600 del 2000, pues esta ley no define con claridad entre conciliación pre-procesal, procesal, y extraprocesal; sin embargo, se entiende que la conciliación pre-procesal⁵ es la llevada a cabo antes de iniciar el proceso y que es necesaria como requisito para que el proceso inicie. La conciliación procesal según la Corte Suprema de Justicia, es la que se lleva a cabo durante el proceso y se da:

Entre la apertura de la instrucción y hasta la audiencia de juicio oral y en la ley 906 de 2004 es en donde se encuentra la acusación, desde la audiencia de formulación de acusación hasta la audiencia de juicio oral, reparación integral y justicia restaurativa. (Corte Suprema de Justicia No24.138, 2005)

La extrajudicial es la llevada a cabo fuera del proceso en cualquier etapa del procedimiento. Pero haciendo un análisis de la conciliación en materia penal, podemos decir que la conciliación pre-procesal es la llevada a cabo por la fiscalía, la segunda o procesal se puede intentar a solicitud de los sujetos procesales, ante el funcionario o el juez de

⁵ Esta etapa en la ley 600 del año 2000 se estipula antes de la apertura de la instrucción. En la ley 906 del 2004 está compuesta por la noticia criminal, indagación, entre otras según la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 25 de octubre de 2005 No 24.138 MP. Jorge Luis Quintero Milanés

conocimiento en cualquier tiempo antes de proferirse la sentencia de primera instancia y la tercera o extra-procesal puede identificarse como aquella que se realiza ante los centros de conciliación antes de que el juez de primera instancia dicte sentencia.

La conciliación pre-procesal realizada por el fiscal en la Ley 600 de 2000, se entiende como la realizada con anterioridad a la resolución de apertura de la instrucción, y esto con la finalidad de solucionar el conflicto y así evitar el inicio del procedimiento penal, pues según la Corte Suprema de Justicia:

“no opera respecto de cualquier delito o en cuanto sólo comporta intereses patrimoniales, sino exclusivamente en relación con aquellos punibles que admiten la figura del desistimiento o de la reparación integral, orientada eso sí, a conseguir la terminación del proceso por extinción de la acción penal”.

(Corte Suprema De Justicia S. D., 2005)

En ese sentido, la imparcialidad del fiscal debe notarse antes de la apertura de la instrucción, puesto que, el fiscal fungiría como un conciliador el cual debe generar confianza para las partes y asegurarse que los propósitos de la conciliación se cumplan, pues no solo se resuelve el conflicto, sino que también se le da fin al procedimiento penal de forma parcial hasta que el victimario le cumpla a la víctima y de forma total cuando el victimario le haya cumplido a la víctima con sus pretensiones, debe buscar fórmulas de arreglo para el conflicto y así evitar que se inicie el procedimiento penal; sin embargo, si se da la apertura de la instrucción, el fiscal se recargaría del lado de la víctima para acompañarla en el procedimiento penal en contra del acusado.

También se establece en el mismo artículo 41 del estatuto procesal penal, ley 600 de 2000, que dentro del mismo proceso no se podrán presentar dos audiencias de conciliación y esto se debe, a que el proceso no puede quedarse estancado, pues el principio de celeridad busca darle continuidad al procedimiento y acabar con este lo antes posible, además porque al presentarse dos audiencias de conciliación en el mismo proceso, la imparcialidad se vería afectada en el sentido que el fiscal se encontraría acusando al victimario con pruebas contundentes y esta imparcialidad ideal se acabaría, pues estaría conociendo tanto el delito como las pruebas del acusado y la indefensión de la víctima, por ende, al volverse de nuevo conciliador no sería imparcial.

Esto no quiere decir que no se pueda realizar una audiencia de conciliación extraprocesal en donde las partes podrán reunirse nuevamente en un centro de conciliación privado y realizar una audiencia de conciliación para que de esta manera se le dé fin al conflicto. En este caso el querellante retiraría la denuncia y desistiría del proceso, dándole fin al procedimiento penal.

En el artículo 41 el legislador (ley 600, 2000) consagró la conciliación para “aquellos delitos que admitan desistimiento o indemnización integral”, y esto da a entender varias cosas: la primera es que se admite un trámite conciliatorio en el derecho penal, en donde el fiscal puede aportar soluciones que no solamente acaban con el conflicto, sino que también, le dan fin al trámite procesal fijado por la fiscalía; la segunda, es que admite la conciliación para los delitos querellables, los delitos de menor gravedad, estos delitos querellables son aquellos en los que según la (Corte Constitucional S. , C-425, 2008) “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”.

Conciliación pre-procesal: una mirada desde la ley 906 de 2004

De igual forma, corresponde ahora analizar la imparcialidad en la conciliación pre-procesal en el sistema acusatorio de la ley 906 de 2004, en donde se establece, según la Constitución Política, reformada en sus artículos 250 y 251 por medio del Acto Legislativo 03 de 2002, el poder que le dio a la Fiscalía General de la Nación, con un nuevo papel en el marco de un proceso penal de corte acusatorio, el cual se caracteriza por tener una discrecionalidad pero también con un espacio de interacción entre fiscal, defensor, procesado y víctima por medio del cual se pueden lograr acuerdos, mediante el uso de mecanismos flexibles que permiten que no todos los procesos que se inician terminen con una sentencia, haciendo de esta manera que la conciliación pre-procesal se conociera en el procedimiento penal acusatorio colombiano, como un mecanismo para resolver un conflicto (Corte Constitucional S. , C-591, 2005) el cual tiene carácter obligatorio y por lo tanto es requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal cuando se trate de delitos querellables, buscando en sí que la imparcialidad aflorada de la audiencia de conciliación sea uno de los principios rectores al presentarse antes de dar inicio al proceso penal.

Se entiende que la conciliación pre-procesal en las etapas del procedimiento penal, iría desde la ocurrencia del hecho hasta la formulación de la imputación o el traslado de escrito de acusación, por ende la conciliación se presentaría en la etapa de indagación, desde que la noticia criminal se presenta con la querrela y hasta la formalización de la imputación o el traslado de escrito de acusación, para que así la imparcialidad permanezca rígida y limpia, pues no se estaría iniciando hasta el momento una persecución penal y él fiscal estaría actuando como un neto conciliador. Por ende, la conciliación en materia de derecho penal se

realiza cuando el sujeto activo del delito presenta la calidad de indiciado, ya que al ser imputado de un delito su calidad cambia a acusado.

Ahora bien, el fiscal de la unidad correspondiente es el encargado de aceptar o no la conciliación, pero también es quien puede adelantar la conciliación citando en debida forma al querellante y al querellado y proponer fórmulas de arreglo imparciales que beneficien a las partes, sin embargo, si el fiscal es quien adelanta la conciliación ¿Cómo puede asegurarse la imparcialidad? Si bien es cierto la fiscalía defiende los intereses del Estado, también está acompañando en el proceso a la víctima y está acusando al victimario, siendo así, la imparcialidad no se garantiza de manera correcta, pues la conciliación no sería llevada a cabo por un tercero neutral. La otra pregunta que debe surgir luego de verificar la imparcialidad de la fiscalía, es referente a si ¿el fiscal es conciliador?, ya que, dentro de los requisitos para acceder al cargo de fiscal no se menciona que este tiene que ser conciliador, entonces, el fiscal puede adelantar una conciliación sin ser conciliador formado para tal fin, lo que no necesariamente significa que la imparcialidad se vea afectada.

Se puede darle una respuesta a la problemática si se entienden las etapas del proceso de la siguiente manera; una etapa previa al procedimiento en donde el sujeto activo de la conducta es denominado indiciado y una segunda etapa del procedimiento en donde la calidad del sujeto pasa a ser acusado o imputado, porque es desde la formulación de la imputación donde el fiscal pasa de ser un investigador a un acusador, y es acá en donde podríamos decir que el fiscal puede realizar la conciliación antes de que tome ese rol de acusador, no obstante sigue sin ser conciliador y tiene el rol de investigador el cual hace que el fiscal ponga toda su atención en encontrar pruebas para condenar al indiciado.

La conciliación pre-procesal se puede adelantar ante un conciliador o un centro de conciliación, pero estos tienen el deber de remitir el acuerdo ante el fiscal para su aprobación, siendo este el mejor camino, ya que la conciliación debe ser adelantada por un conciliador imparcial, y si lo que se busca es la descongestión de despachos judiciales, debe ser esta una de las maneras para que los despachos puedan descongestionarse. Ahora bien, si se realiza en un centro de conciliación privado, se buscará de una manera más transparente y segura un acuerdo, pues al ser realizada la conciliación ante un fiscal, se estaría casi que amenazando con todo el peso de la ley a una de las partes para conciliar, y más, se estaría realizando frente a una persona que sin ser conciliador y sin tener las capacidades de un conciliador, lo único que busca es descongestionar por sí mismo su despacho.

La legalidad en este caso no se vería afectada, pues el fiscal es quien aprueba la conciliación que fuera adelantada en el centro de conciliación, y con la imparcialidad el fiscal no tendría por qué preocuparse, pues al elaborarse el acta de conciliación se estaría evidenciando una imparcialidad ideal y segura, y de esta forma se procedería a archivar el proceso ya que estamos hablando de una etapa previa al proceso. Hay delitos que precluyen la investigación y la imparcialidad en estos casos es implacable, a modo de ejemplo el homicidio culposo (delito el cual no contempla la conciliación como requisito pre-procesal y tampoco permite realizar una conciliación) cometido por un conductor en una vía del país, en el que los perjuicios causados pueden ser llevados a conciliar en un centro de conciliación privado y que las víctimas lo único que quieren sea el pago de la indemnización presentada por los daños causados, esta actuación imposibilitaría continuar con el ejercicio de la acción penal lo cual precluiría la investigación, pues se estaría ante la primer causal de preclusión que se

refiere a la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal ya que las partes se sintieron indemnizadas y no recurrirían más al proceso penal.

La Corte Constitucional (Corte Constitucional s. , C-591, 2005) al respecto afirma que el fiscal si puede llevar a cabo la conciliación ya que se trata de delitos querellables y considera que el contenido de justicia afecta solo la esfera de la víctima y en tal medida estos delitos admiten desistimiento, expresando también que cuando no se concilia y se da inicio a la acción penal el fiscal no puede utilizar las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo conciliatorio en contra del victimario por ende, el fiscal si tiene que ser un conciliador, pues separa esta sentencia al conciliador del fiscal. De igual forma como manifiesta (REYES ECHANDIA, 1994), “el fiscal tiene la facultad de disponer de la acción penal porque salvaguarda más al ofendido que a la sociedad y cuya punibilidad puede acarrear perjuicio a la honra del ofendido o de sus familiares” (pp. 286-287). Al ser una conciliación pre-procesal el fiscal estaría asumiendo su rol de conciliador, en una etapa en la cual no se conoce a cabalidad sobre los hechos ni sobre las partes y esta es una de las cosas que vuelve imparcial esta conciliación, Sin embargo, se queda en el vacío la idea de pensar que el fiscal debe ser conciliador, sin embargo en ambos sistemas durante el procedimiento la imparcialidad es garantizada por el Ministerio público y también está en manos de los abogados y las partes recurrir a los impedimentos y recusaciones para garantizar dicha imparcialidad.

Comparación de la conciliación en ambos sistemas penales en Colombia

A modo de comparación la Ley 906 de 2004 impuso la conciliación pre-procesal con importantes aspectos como los son en primera medida la regulación de forma clara de esta y según (GARCIA, 2006), limitó la procedencia para los delitos querellables, contrario a lo que sucedía en el anterior sistema penal, el cual regulaba la conciliación de manera genérica

para la etapa pre-procesal y procesal. Este cambio ayuda a la resolución de controversias en forma previa al proceso con una fórmula flexible de solución de conflictos.

En el Código de Procedimiento penal actual el término para dar cumplimiento a lo acordado en la conciliación es mucho más amplio, pero su trámite debe surtirse antes de iniciar el proceso y es por esto que el acuerdo en el acta de conciliación archiva el proceso, pero si el acuerdo es incumplido se daría paso al inicio de la acción penal, contrario a lo que disponía el anterior sistema al plantear que luego de la resolución de apertura de instrucción, la audiencia de conciliación, se debería realizar dentro de los diez días siguientes y se daba un término de sesenta días para cumplir con los acuerdos, por tal razón la posibilidad de incumplir el acta de conciliación era mucho más propenso.

La Ley 600 del 2000 establecía que una vez verificado el cumplimiento de la conciliación se proferiría resolución inhibitoria, preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento, lo cual, al cambiar el procedimiento penal en la nueva legislación de corte acusatorio, el proceso se archivará ya que esta se adelanta en una etapa pre-procesal y, por lo tanto, como se mencionó anteriormente, solo es procedente el archivo, ya que no se ha dado lugar a iniciar un proceso. Así mismo, la ley 600 del 2000 contempla la imposibilidad de realizar más de dos audiencias de conciliación durante el proceso, pero la ley 906 de 2004 no menciona nada al respecto, dejando la brecha abierta al estipular que la conciliación puede darse hasta antes del juicio oral, sin embargo, se entiende que luego de la primera audiencia de conciliación hecha, se decide lo que se hará en el proceso, si se archiva o si se le da inicio a la investigación.

La Ley 906 de 2004 no establece expresamente la prohibición de la participación de los apoderados en la audiencia de conciliación, como si lo preceptuaba la ley 600 de 2000, no

obstante, se menciona que el fiscal citará al querellante y al querellado, sin que se exija la presencia de apoderados, ni se limite su forma de participación, lo que puede causar que el Fiscal actúe con un imparcialidad plena, con honradez , legalidad y justicia, el Fiscal es quien debe contener y poner en práctica todo esto, ya que, es él quien dirige la conciliación.

El Fiscal como conciliador

El Fiscal de garantías es quien adelanta las audiencias de conciliación en la etapa pre-procesal por requerimiento legal para iniciar el procedimiento penal en los delitos que requieren querrela, pero la importancia del fiscal cuando funge como conciliador radica en que no solo debe basarse en realizar la conciliación como requisito de procedibilidad, también al actuar como conciliador debe buscar que el conflicto se resuelva, se restaure, se transforme y no se repita y para esto el Fiscal debe realizar diversas actuaciones antes, durante y después de la audiencia de conciliación cuando en ella se llega a un acuerdo satisfactorio para las partes, pero el Fiscal cuando realiza audiencias de conciliación debe actuar como un conciliador para que se cumpla a cabalidad y de forma plena la resolución de la controversia.

La Fiscalía General de la Nación mediante (Resolucion 01-1101, 2002), la cual fue publicada en el Diario Oficial No. 44.848 el 27 de junio de 2002, en su artículo 8 manifiesta los requisitos necesarios para ejercer cargos de Fiscal Delegado, los cuales son: A. Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio y estar en pleno goce de sus derechos civiles. B. Tener título de Abogado expedido o revalidado conforme a la ley, y C. No estar incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad.

Visto esto, para ser fiscal y para ejercer las funciones de fiscal no es necesario ser conciliador, por ende, no es necesario que el fiscal tenga las facultades y capacidades que

tiene un conciliador para resolver conflictos. Los fiscales desarrollan su labor de conciliación de manera diversa sin que se haya establecido unos criterios mínimos de actuación, pues si bien es cierto son competentes para realizar una conciliación, no tiene conocimientos de lo importante que es una conciliación y del aspecto subjetivo que busca la conciliación.

Es importante que se definan criterios mínimos de actuación para la conciliación penal en fiscalías, para, entre otras cosas, limitar la incidencia de prejuicios en el desarrollo de la conciliación o que se lleve a cabo la conciliación, especialmente, en los casos en los que la víctima y el imputado tienen relaciones de dependencia, subordinación o cuando la víctima realiza la conciliación por miedo ante el victimario. Sin embargo, se debe entender que la conciliación es un mecanismo dinámico por la diversidad de casos y situaciones presentadas y al unificar un procedimiento de conciliación penal se le restaría agilidad al procedimiento.

Para aclarar más el tema, es necesario determinar que la audiencia de conciliación debe estar dividida según (Gálvez, 2003) en tres etapas importantes: la primera de estas es la etapa previa a la conciliación en donde el fiscal conciliador deberá evaluar la viabilidad de celebrar una conciliación sobre el tema concreto y se debe conocer la calidad de las partes para luego citarlas. También en esta etapa debe preguntarse si la víctima está y se siente segura, pues recordemos que el fiscal es quien, si no se concilia, tendrá que adelantar el proceso en contra del victimario por lo cual el fiscal, desde la pre-conciliación, debe velar por la seguridad y bienestar de la víctima. Además, debe brindar el apoyo suficiente, sin dejar de ser imparcial, para proponer opciones de arreglo.

Es importante tener en cuenta si quien interpuso la querrela desea participar en la conciliación, esto porque si bien el mecanismo es un requisito de procesabilidad para la acción penal, la asistencia y el acuerdo son voluntarios, tanto para ella como para el ofensor

y si quien interpone la querrela busca que la persona sea condenada igualmente tiene que asistir y realizar la audiencia de conciliación, pero puede suceder que el querellante no quiera presentarse a la audiencia de conciliación, porque le afectaría verse con el victimario, o porque no busca una reparación sino una condena para el querellado, pero si el querellante no asiste a la audiencia de conciliación se entiende que se desiste del proceso, pero si las partes asisten el fiscal debe preparar todo.

El fiscal cuando funge como conciliador en el procedimiento penal en los delitos que requieren querrela, citará al querellante y al querellado a una audiencia de conciliación, es decir, la querrela basta para que el fiscal adelante el procedimiento conciliatorio, por lo tanto, no se necesita de una solicitud de conciliación. Luego de esto, el fiscal tendrá que revisar el caso para estudiarlo y luego preparar la audiencia de conciliación.

El fiscal, al fungir como conciliador, tiene que preparar el entorno donde se llevará a cabo la conciliación, pues el lugar debe ser cómodo para las partes, en mesa redonda, donde las partes puedan sentarse frente a frente y el conciliador, en medio de los dos para generar un dialogo equilibrado.

La segunda etapa inmersa en la audiencia de conciliación es la que tiene el fiscal conciliador durante la audiencia de conciliación que es presentándose y haciendo saber a las partes su experiencia en el tema para luego poner en conocimiento de las partes el significado y el alcance que tiene la conciliación y como se llevara a cabo, para luego dar unas reglas de comportamiento que armonizarán la audiencia de conciliación.

En el derecho penal el fiscal conciliador deberá ser muy cuidadoso, pues debe decidir quién habla primero sin que la confianza de las partes se pierda y también debe dejar en claro

su imparcialidad y neutralidad, ya que es una audiencia de conciliación y se podrán realizar audiencias separadas en donde el victimario se sentirá inseguro, pues sentirá que el fiscal le ayudará en la conciliación a la víctima, por lo cual el fiscal debe dejar en claro que él no se inclinará, opinará o ayudará a alguna de las partes así este tenga certeza del delito cometido, para así dar inicio a que ambas partes expresen respetuosamente su concepto mientras el fiscal conciliador realiza varias operaciones mentales para utilizarlas en el proceso de negociación, para luego llegar a un acuerdo el cual se dejará plasmado en un acta de conciliación y en caso de que no se llegue a ningún acuerdo se dejara también plasmado en un acta de imposibilidad de acuerdo.

La última etapa en la que se divide la audiencia de conciliación es en la que el fiscal-conciliador da por terminada la audiencia de conciliación y realiza el archivo del proceso y registra el acta si en la audiencia se llegó a un acuerdo, pero antes de esto, realizará un seguimiento del cumplimiento del acuerdo (la post-conciliación) ya que se habla de reparación, restitución y no repetición de los actos delictivos a la víctima, y al primer incumplimiento del acuerdo el fiscal tiene toda la potestad de dar inicio a la acción penal.

La ley 906 de 2004 no establece términos para verificar el cumplimiento de las obligaciones conciliadas, pero es claro que el fiscal-conciliador tiene la facultad de tomarse un tiempo prudencial para verificar el cumplimiento de los acuerdos en defensa de los derechos de la víctima y antes de tomar cualquier decisión sobre el archivo del proceso ya que esto supone que el conflicto llegó a su fin y que los perjuicios causados con el delito penal ya fueron reparados y se indemnizó integralmente a la víctima.

Por ende, cuando se logra un acuerdo de conciliación el fiscal conciliador procederá al archivo del proceso por cuanto que el requisito de procesabilidad fue efectivo. Pero si no se

llegó a ningún acuerdo, el fiscal, si considera que de los elementos de prueba que posee son suficientes para demostrar la culpabilidad del victimario, procederá al traslado de escrito de acusación, ya que el procedimiento será el abreviado. Sin embargo, si no tiene los elementos de prueba necesarios puede esperar hasta conseguirlos para después imputarle los cargos al victimario, pues la ley 906 de 2004 no dispone ningún termino para la imputación luego de darse la audiencia de conciliación.

Incluso el fiscal conciliador debería seguir en contacto con las partes luego de llegar a unos acuerdos ya que él, debe velar por el cumplimiento y la no repetición del conflicto, pues existen delitos que para ser resarcidos requieren de bastante tiempo. Como sujeto procesal que es, puede verificar la efectividad real de lo acordado y de esta manera evitar litigios futuros. Como conciliador se debe velar porque los fines de la justicia restaurativa sean llevados a cabo durante y después de la audiencia de conciliación, al mismo tiempo el fiscal debe procurar, como conciliador, el restablecimiento del tejido social y la empatía entre la víctima y el victimario.

La conciliación: una práctica transformadora de conflictos

La legislación colombiana contempla en primera medida el incidente de reparación integral y la justicia restaurativa como mecanismo de restauración y transformación de conflictos en el derecho penal, en el que, por medio de la conciliación, las partes llegan a un acuerdo. El ejercicio del incidente de reparación integral se da cuando la sentencia condenatoria está en firme y, previa solicitud de la víctima, del fiscal o del Ministerio Público, el juez que dictó la sentencia, convocará dentro de los 8 días siguientes a una audiencia pública en donde se dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal. En esta audiencia se formularán de manera oral las

pretensiones en contra del responsable de la conducta penal, en donde de manera concreta la víctima extenderá sus pretensiones para ser indemnizado integralmente mostrando las pruebas que tiene como soporte que se harán valer en la audiencia. El juez según (Ley 906, 2004. Art. 102-104) admite o no las pretensiones y le notificará de estas al condenado para que por medio de la conciliación las partes puedan llegar a un acuerdo si así lo quisieran, conciliación la cual se podrá volver a instalar dentro de los 8 días siguientes si en la primera audiencia no se llega a ningún acuerdo conciliatorio.

En la ley 906 de 2004 el incidente de reparación integral es un mecanismo de búsqueda amigable de acuerdo reparatorio, una vez anunciado el sentido del fallo condenatorio (Sanchez, 2011) en donde el legislador busca de manera insistente que se logre un acuerdo bilateral, sin embargo, estos ya no tendrían efectos en la acción penal como lo tiene la conciliación pre-procesal, pues acá la persona ya está condenada y lo que se busca es la reparación del daño causado y en este caso se toma como fundamento la sentencia dictada por el juez.

Fracasada la primera audiencia de conciliación en la reparación integral, se continuará con la segunda audiencia de conciliación y si en esta no se logra llegar a un acuerdo y la conciliación fracasa, se continúa con la segunda parte del incidente que consiste en la práctica de las pruebas entregadas por cada una de las partes en el conflicto. Practicadas las pruebas ofrecidas por cada una de las partes, el funcionario judicial dará la palabra a las partes para que expliquen el fundamento de sus pretensiones y procederá a tomar la decisión correspondiente.

El juez es quien toma la decisión, y este debe ser imparcial, pues existen varios factores que impedirían esta imparcialidad, como lo es la sentencia ejecutoriada, y las pruebas que la

víctima exponga en la audiencia de incidente de reparación integral y es por esto que el juez tendrá que seguir algunas pautas como son: que la decisión deba estar cimentada sobre los postulados de la justicia y la equidad; y que esta decisión se base en los principios de proporcionalidad y razonabilidad, pues no se le puede pedir al victimario lo que no puede dar y tampoco se puede reparar a la víctima con un valor menor o mayor al que corresponde al valor del daño.

La conciliación: una práctica restauradora

La conciliación vista como restauradora de conflictos en el derecho penal colombiano se evidencia en segunda medida con la justicia restaurativa, en la que su definición está ligada a las expresiones de: víctima, reconciliación y responsabilización. Es por esto que según (Eser, 1997) en Colombia, teniendo un sistema penal acusatorio, se le ha buscado introducir mecanismos alternos de solución de conflictos como la conciliación que se conforma también por acuerdos mutuos de reparación, constituyendo así una forma de participación de la víctima en la solución del conflicto penal.

La creación de la justicia restaurativa se da para dirimir los conflictos y darle una debida restauración, es por esto que la conciliación según (Corte Constitucional s. , 2005), es uno de los mecanismos de justicia restaurativa a través del cual víctima y ofensor acuden a 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.

En la justicia restaurativa, el acta de conciliación en donde se pactan los acuerdos, contribuye a los fines de la pena, que no se podrá encontrar en la justicia ordinaria, pues la

reparación puede ser efectiva desde los puntos de vista preventivos general y especial. En el mismo sentido 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)

La ley 906 de 2004 enuncia todo un libro sobre la justicia restaurativa, dándole paso al legislador, no solo a proteger los intereses de las víctimas y buscar una reconciliación de las partes, sino también a que se le indemnice integralmente. El legislador lo define como:

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. (ley 906, 2004)

sin embargo, no asume expresamente la ayuda de un conciliador para la resolución del conflicto, pero más adelante en su artículo 521 de la misma ley 906 de 2004, complementa expresando que uno de los mecanismos de justicia restaurativa es la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación y la mediación.

El legislador da la opción de utilizar la conciliación para resolver un conflicto entre las partes en el marco de la justicia restaurativa ya que esta busca reconocer que el crimen causa daños a las personas y comunidades y que estos daños deben ser reparados por medio de la participación de las partes en el proceso y esto puede darse según (LLANOS, 2009) con programas de justicia restauradora basándose en la indemnización de la víctima y la

reparación de este daño de manera tal que la víctima se sienta reparada y esto ayuda a buscar una solución tanto para el conflicto como para la víctima, pues son las partes quienes buscan darle la respuesta al conflicto y por consiguiente busca también la restauración de la víctima, de reconstruir en ella lo que se ha quebrantado y deja un poco de lado la sanción que se le da al victimario.

La conciliación, al verse como un método de restauración y transformación social, busca que se cumplan los fines de la pena y es por esto que se generan pensamientos como el de:

El castigo del delincuente vuelve a perjudicar a la víctima en cuanto que reduce drásticamente la voluntad a favor de la reparación, cuando no la dificulta o impide totalmente, y que sin embargo el resarcimiento del daño contribuye de manera notable a los fines penales de prevención general y especial. (LANDECHO VELASCO, 2004).

Con esto se entiende que el castigo del delincuente es para este, sin embargo, los intereses de la víctima no se ven resarcidos o restaurados de la forma en que la víctima quiso o de manera tal que la víctima descargue todos sus sentimientos acarreados por el delito. La reparación es algo necesario como base fundamental de la pena, pues esta no debe verse como algo ajeno a la pena, sino como su fundamento para así reparar y luego cumplir su condena.

La víctima necesariamente debe buscar la manera con la cual sienta que las cosas puedan volver al estado al que se encontraban antes de que se cometiera el delito o lo más parecido al estado anterior al hecho delictivo, según (BECERRA, 2009) para que luego, por medio de una audiencia de conciliación desarrollada por el fiscal, se llegue a la solución más benéfica para la víctima y que de igual manera se intente llegar a una reconciliación encaminada a

atender las necesidades y responsabilidades particulares o colectivas de las víctimas, intentando también que la víctima y el victimario puedan reintegrarse a la sociedad.

Por tal motivo la cárcel no necesariamente es el mecanismo ideal para reparar el daño, ya que este es el mecanismo para sancionar al delincuente, si bien es cierto el delito conlleva una sanción para el delincuente, acá lo que se debe procurar es que por medio de la conciliación se dé también la reparación a la víctima, más no que siga con el daño causado. El hecho que el delincuente esté privado de la libertad no mejorará la situación de la víctima, por eso es que la justicia restaurativa entra a resarcir e intentar reparar el daño causado, y de esta manera quedaría el castigo para el delincuente y la reparación y resarcimiento para la víctima, por eso se habla de justicia restaurativa, porque por medio de la conciliación se da el poder para resarcir esos derechos vulnerados para la víctima, o buscar diversas soluciones como el perdón, el conocimiento de la verdad, una disculpa pública, entre otros.

La justicia restaurativa, como lo manifiesta ROXIN (1991), va encaminada a que la víctima sea reparada integralmente y a que el indiciado se reintegre al comprender la gravedad de su conducta, dejando atrás la idea que con el delito solo se debe obtener el castigo al victimario, por esto es que la conciliación en el sistema penal acusatorio debe verse como un método alternativo de solución de conflictos que muestre interés y le dé importancia a la reconstrucción de víctima y a la transformación del conflicto buscando la reconstrucción del tejido social, lo cual evidentemente es benéfico para ambas partes, en el entendido en el que a la víctima se le busca resarcir integralmente el daño y que el victimario mejore se resocialice..

Para establecer el carácter restaurativo de la conciliación pre-procesal, lo que primero se debe realizar según Márquez (2007) es comprender que la justicia restaurativa es una forma

diferente de considerar la justicia penal, la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas más que en castigar a los delincuentes, lo que significa que cuando se presente el hecho punible, se resuelva de forma integral, no buscando un castigo sino tratando de remediar el daño causado a las víctimas, de esta manera según la (Corte Constitucional S. , 2005), la conciliación procesal en el sistema penal acusatorio busca la introducción de una perspectiva restauradora.

El sistema que actualmente se aplica en Colombia para la resolución de conflictos en materia penal es extraído del modelo europeo de justicia, en donde según (Mazzucato, 2000, p. 35) 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.

De esta manera, la justicia restaurativa según (Corte Constitucional s. , C-975, 2005) se puede ejercer a través de la conciliación como mecanismo pre-procesal, mostrándose esta como el modelo alternativo que busca atender las necesidades y responsabilidades de las partes y a lograr la reintegración tanto de la víctima como la del infractor, buscando la reparación y la restitución, lo cual reemplaza la idea tradicional de castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario, en donde el núcleo del derecho penal ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido.

Conclusiones

Se puede observar que en la legislación penal colombiana la conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, en que las partes buscan llegar a un acuerdo justo, con la presencia de un conciliador o tercero neutral e imparcial, que busca que el conflicto termine por completo, antes, durante, por fuera o después del procedimiento penal y que este conflicto se restaure integralmente y se transforme para que deje de ser una problemática, pues de la manera más pacífica se buscará pactar unos acuerdos, los cuales restauren el daño saneando los intereses de las víctimas permitiendo a las partes su participación activa en el proceso de conciliación, bajo parámetros de justicia y paz social. Así mismo, la conciliación en materia penal se presenta también como un mecanismo de justicia restaurativa que persigue no solo la sanción penal del victimario, sino también, la restauración de la víctima para llegar a la reconstrucción del tejido social.

Con la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio Colombiano de la Ley 906 de 2004, se permitió que las partes pudieran dialogar, de manera tal, que no se sientan ni ofendidos ni agresores, buscando así una reparación que conlleve a una transformación del conflicto. La conciliación pre-procesal en materia penal, se aplica a los delitos querellables, lo cual es bastante obvio, pues son delitos de menor gravedad o delitos leves en los que el ofendido o la víctima tiene la facultad de poner o no en conocimiento del Estado la ocurrencia de un hecho delictivo, pues su vulneración solo afecta la órbita individual de la víctima.

En el sistema penal acusatorio, quien puede realizar la conciliación pre-procesal puede ser un conciliador de un centro de conciliación como tercero imparcial o el fiscal, en donde se buscará que las partes lleguen a un acuerdo, y que, de ser así, se deberá proceder a archivar las diligencias, o si la conciliación resulta fallida se procederá a ejercer la acción penal.

La conciliación pre-procesal es garante del derecho constitucional de acceso a la justicia en el que todo ciudadano se encuentra en la 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 el procedimiento sea desarrollado por un juez y que también se puede realizar a través de la conciliación, la cual debe estar en posibilidad no solo de proteger, sino también de garantizar el derecho de acceso a la justicia.

En Colombia se pueden conciliar los delitos querellables antes de iniciar formalmente el proceso judicial penal y este mecanismo es ampliamente utilizado, ya que constituye requisito de procedibilidad de la acción penal. Este trámite se puede surtir ante fiscales, centros de conciliación de particulares o de entidades públicas, servidores públicos administrativos autorizados legalmente para ello, y conciliadores en equidad. Esta generalidad de conciliadores en materia penal fue propuesta como una forma de garantizar el acceso efectivo a la justicia; sin embargo, en ella también reside parte de los problemas alrededor de este mecanismo, y la imposibilidad de conocer su efectividad.

Para una correcta conciliación se necesita del elemento fundamental de la imparcialidad, que es aquella que se centra en el criterio objetivo y no en el subjetivo, que es consciente de los impedimentos y recusaciones que pueden presentarse en el funcionario judicial y que busca tomar una decisión y llevar a un debido procedimiento, centrándose en las pruebas mas no en el carácter subjetivo de una de las partes. Esta imparcialidad, como dice la Corte, no se ve afectada en ningún sujeto procesal. El Fiscal al momento de ser conciliador, lo hace antes de dar inicio al procedimiento. Durante el procedimiento y luego del fallo condenatorio es garantizada por el Ministerio público y también está en manos de los abogados y las partes recurrir a los impedimentos y recusaciones para garantizar la imparcialidad.

El fiscal debería tener una capacitación en mecanismos alternativos de solución de conflictos ofrecida por una entidad avalada por el Ministerio de Justicia y del Derecho, que cuenten con los requisitos mínimos de los módulos y de la intensidad horaria fijada por la ley para presidir audiencias de conciliación. También deberían contar con excelentes relaciones interpersonales y con cualidades como comunicación asertiva, lenguaje sencillo, cordialidad, escucha activa, amabilidad y creatividad entre otras

La conciliación en materia penal ha sido regulada desde la Ley 600 de 2000, en donde se le dio mayor fuerza vinculante en los procedimientos y se le dio una gran importancia. También se le atribuyó una gran facilidad en su práctica y cumplimiento; sin embargo, algunas de sus falencias fueron superadas por el sistema acusatorio, como el hacerla obligatoria como requisito de procedibilidad en los delitos querellables. también se ha evidenciado en la justicia restaurativa y en la reparación integral, de manera no solamente económica, pues la reparación puede darse por medio de actividades, servicio a la comunidad, la devolución de objetos que dieron lugar a la realización del delito, entre otras.

En Colombia se implementó el programa de la justicia restaurativa que se enfoca primordialmente 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, para así lograr restaurar la paz entre las partes adicional a la reparación integral del daño causado con el delito penal.

Por esto es que la conciliación también debe consagrarse como un mecanismo de justicia restaurativa que busque la solución de un conflicto y la restauración del tejido social sin la necesidad de estar frente a jueces, buscando de esta manera reparar a la víctima conforme a los perjuicios causados y no conforme a las necesidades que el juez cree que el ofendido

pueda tener, y de esta manera también se buscaría que la justicia restaurativa permita la resocialización del delincuente y el perdón por parte de la víctima,

Así pues, la conciliación penal ansía por la ejecución de la justicia restaurativa, y por un derecho penal orientado a la reparación, pues es fundamentalmente un fin del derecho penal que es la resocialización; un acto reparador que implique no solamente la reparación a la víctima, sino también un acto de arrepentimiento del autor y con ello un paso a la interiorización que obligadamente lo llevará a la recomposición del tejido social.

Anexos

Fiscalía General de la Nación. (18 de febrero de 2020) Conciliaciones Satisfactorias

Radicado No 20206170020482 y 20206170020492.

Referencias

BECERRA, Dayana. La conciliación paraprocesal en el nuevo sistema acusatorio como mecanismo de justicia restaurativa. En: *Novas Jun.* Bogotá: Vol. 10, No. 20, (jul. - dic. 2009), p. 202.

Constitución Política de Colombia (20 de julio de 1991). [Const]. Segunda edición. Gaceta constitucional No 116.

Congreso de Colombia. (5 de enero de 2001) *por el cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones* [ley 640 de 2001] D. O 44.303

Congreso de Colombia (21 de marzo de 1991) *por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales y se dictan otras disposiciones.* [Ley 23 de 1991]. D. O 39.752

Congreso de Colombia. (24 de julio del 2000) *Código de Procedimiento Penal* [Ley 600 del 2000] D. O 44.097

Congreso de Colombia. (31 de agosto de 2004) *Código de Procedimiento Penal* [Ley 906 de 2004] D. O 45.658

Corte Constitucional. (29 de noviembre de 2001) SENTENCIA C-1257/01. M.P. [Jaime Córdoba Triviño].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (18 de noviembre de 2008) sentencia No. 24650 M. P. [José Leónidas Bustos Martínez].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (21 de marzo de 2007) sentencia 26581 M. P [Jorge Luis Quintero Milanés].

Corte Constitucional. (2 de mayo de 2018) Sentencia C-031 de 2018 M. P.: [Diana Fajardo Rivera]

Corte Constitucional. (16 de julio de 2015) sentencia C-450 de 2015 M. P. [Jorge Ignacio Pretel].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (23 de febrero de 2005) SENTENCIA 22758. M.P. [Marina Pulido de Barón].

Corte Constitucional. (15 de marzo de 2016) sentencia C-496 de 2016) M. P. [María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional. (30 de abril de 2008) SENTENCIA C-425 de 2008. M.P. [Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Constitucional. (25 de junio de 2014) SENTENCIA C-387 de 2014. M.P. [Jorge Ignacio Palacio Palacio].

Corte Constitucional (22 de agosto de 2001) sentencia C-893 de 2001 M. P.: [Clara Inés Vargas Hernández].

Corte Constitucional (9 de junio de 2005) sentencia C-591 de 2005 M. P.: [Clara Inés Vargas Hernández].

Corte Constitucional. (26 de septiembre de 2005) Sentencia C-979 de 2005, M. P.: [Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional. (17 de junio de 2009) Sentencia C-409 de 2009 M. P.: [Juan Carlos Henao Pérez].

Corte Constitucional. (25 de julio de 2001) Sentencia C-777 de 2001 M. P.: [Clara Inés Vargas Hernández]

Corte Constitucional (3 de febrero de 2010) Sentencia C-059 de 2010 M. P.: [Humberto Antonio Sierra Porto]

Eser, A. (1997). La víctima en el proceso penal, su régimen legal en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay. Buenos Aires: Depalma.

GARCÍA Antonio y DE MOLINA Pablos. Introducción al derecho penal. 4ª Ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2006, p.1052.

Junco J. (2000) la conciliación aspectos sustanciales y procesales, tercera edición, Ed, jurídica radar ediciones, Bogotá dic.

LANDECHO VELASCO, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. Derecho Penal Español. 7ª Ed. Madrid: Tecnos, 2004, p 625.

LLANOS, Ramiro. Justicia Restaurativa. En: <http://www.justiciarestaurativa.org/news/rllanos>. Consultado el 31 de Septiembre de 2009.

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).

Manres y Navarro José María. (1960). Madrid: reves séptima edición.

Mazzucato, C. (2000). *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale*. Milan: Giuffrè.

(Montoya, 2019) Oscar, M. (14 de Abril de 2019). “proceso judicial”. *Diccionario jurídico*.

Recuperado de: <https://www.definicionabc.com/general/rectitud.php>

Real Academia Española. (2020). Recuperado de <https://dle.rae.es/imparcialidad>

REYES ECHANDIA, Alfonso, *Derecho Penal*. 11ª Ed. Bogotá: Temis, 1994, p. 286-287

Romero, María Del Pilar. (2010). *La conciliación: un medio de justicia restaurativa, análisis y reflexiones de su implementación en el delito de inasistencia alimentaria en Colombia: facultad de derecho y ciencias políticas*. Página 21.

Romero H. (2006). *La conciliación judicial y extrajudicial. Su aplicación en el derecho colombiano*. Bogotá: Legis. Página 22.

Romero H. (2006). *La conciliación judicial y extrajudicial. Su aplicación en el derecho colombiano*. Bogotá: Legis. página 254.

Romero S. *CONCILIACIÓN: PROCEDIMIENTO Y TÉCNICAS DE CONCILIACIÓN*. Capítulo V de la Obra *Negociación Directa y Asistida. Tratado de Gestión de Conflictos*. Lima, ASOPDES, 2003.

ROXIN, Clauss, (1991). *La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones. Jornadas sobre la reforma del derecho penal en Alemania*. Madrid: Ed, cuadernos del consejo general del poder judicial. p. 98.

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.

Taylor y Folberg. (1992). MEDICACIÓN. México D.F: Limusa, noriega editores.

Uchua, F. (febrero de 2014). “rectitud”. Definición abc. Recuperado de:
<https://www.definicionabc.com/general/rectitud.php>

Villadiego, C. (2015). “LA CONCILIACIÓN PENAL EN COLOMBIA algunos problemas identificados en su ejecución cotidiana”. Recuperado de
<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4073/LaConciliacionpenalenColombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>