

URIBE ÁLVAREZ, ROBERTH, “Principio de oportunidad de la acción procesal penal y justicia restaurativa”, *Nuevo Foro Penal*, 100, (2023).

Principio de oportunidad de la acción procesal penal y justicia restaurativa*

Opportunity principle in criminal procedural action and restorative justice

Fecha de recibo: 12/09/2022. Fecha de aceptación: 07/03/2023

DOI: 10.17230/nfp19.100.2

ROBERTH URIBE ÁLVAREZ**

[...] no podremos servir a la justicia mientras nos sigamos fijando exclusivamente en las preguntas que guían nuestro actual sistema de justicia: ¿Qué leyes se violaron? ¿Quién lo hizo? ¿Qué castigo merece?

En cambio, la verdadera justicia requiere que preguntemos: ¿Quién ha sido dañado? ¿Qué necesita? ¿Quién tiene la obligación y la responsabilidad de responder a estas necesidades? ¿Quiénes son las partes interesadas en esta situación? ¿Qué proceso puede involucrar a todas las partes en la búsqueda de una solución? La justicia restaurativa requiere que cambiemos no sólo los lentes por los cuales miramos el delito, sino también nuestras preguntas.

Howard Zehr¹

1 Howard Zehr. *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. (Estados Unidos: Ed. Good Books, 2007), 76-77.

* Este artículo es resultado del proyecto de investigación “*Problemas básicos de la justicia penal en el Estado constitucional: las relaciones entre los sistemas procesales penales y las concepciones retributiva y restaurativa de la justicia penal*”, inscrito en el sistema de investigación de la Universidad Autónoma Latinoamericana durante el año 2021-2022, del cual el autor es investigador principal. Este proyecto forma parte de las actividades del Grupo de Investigación “Proceso Penal y Delito” de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín.

** Profesor de tiempo completo de la Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín-Colombia.

Resumen

Los sistemas procesales penales contemporáneos, tendencialmente acusatorios, suelen establecer un régimen de la acción penal que incluye el denominado «principio de oportunidad», el cual consiste en otorgar al titular de la acción penal un margen de discrecionalidad que le permite abstenerse del ejercicio de dicha acción, de modo definitivo o temporal, en los supuestos legalmente previstos. El sistema procesal penal colombiano vigente regula el «principio de oportunidad», vinculando su ejercicio a varios criterios, orientados más desde la concepción de la acción penal como un deber estatal que desde el enfoque de los derechos de las víctimas de la conducta punible.

En este trabajo se desarrolla el planteamiento conforme al cual se postula una argumentación divergente, encaminada a sentar las bases de una concepción del principio de oportunidad de la acción procesal penal que dé más relevancia a la justicia restaurativa que a la retributiva, en la construcción de la doctrina sobre la oportunidad de la acción procesal penal y, con ello, más proyección al enfoque de los derechos de las víctimas del delito que a la perspectiva basada en el derecho o potestad de penar del Estado y el consecuente deber de ejercicio de dicha acción.

Abstract

Contemporary criminal procedural systems, which tend to be accusatory, often establish a regime for criminal action that includes the so-called “opportunity principle”, which grants the holder of criminal action a margin of discretion that allows them to abstain from exercising such action, definitively or temporarily, in legally established cases. The current Colombian criminal procedural system regulates the “opportunity principle”, linking its exercise to various criteria, which are more oriented towards the conception of criminal action as a state duty rather than a focus on the rights of victims of criminal conduct.

This work proposes a divergent approach, aimed at establishing the foundations of a conception of the opportunity principle in criminal procedural action that gives more relevance to restorative justice than to retributive justice, in the construction of doctrine on the opportunity of criminal procedural action and, therefore, more projection to the perspective of victims’ rights than to the perspective based on the right or power of the State to punish and the consequent duty to exercise such action.

Palabras clave

Régimen de la acción procesal penal, principio de oficiosidad de la acción procesal penal, principio de oportunidad de la acción procesal penal, justicia restaurativa, justicia retributiva, mediación restaurativa, transformación positiva de conflictos.

Key words

Regime of criminal procedural action, opportunity principle of criminal procedural action, principle of officiality of criminal procedural action, restorative justice, retributive justice, restorative mediation, positive transformation of conflicts.

Sumario

1. Planteamiento de la cuestión. 2. Una aproximación a las concepciones retributiva y restaurativa de la justicia penal en el Estado constitucional. 2.1. la justicia penal contemporánea: entre el castigo y la restauración. 3. Concepto y alcances de la justicia restaurativa en el sistema penal de un Estado constitucional. 3.1. La justicia restaurativa y la doctrina sobre las teorías de la pena de la dogmática penal liberal. 4. La regulación de la acción procesal penal y su incidencia el modelo de justicia penal: Concepto y alcances restaurativos del principio de oportunidad de la acción penal. 4. Justicia restaurativa y principio de oportunidad en el Derecho procesal penal colombiano. 4.1. Principios de oficiosidad y de legalidad como limitaciones condicionales y modales del ejercicio de la acción procesal penal. 4.1.1. Acción penal obligatoria o regida por el principio de oficiosidad (principio de "legalidad"). 4.1.2. Acción procesal penal discrecional o regida por el principio de oportunidad. 5. Justicia restaurativa y principio de oportunidad en el Derecho procesal penal colombiano. 5.1. La inoportunidad del ejercicio de la acción procesal penal: ¿una oportunidad para la justicia restaurativa? 5.2. Mecanismos procesal-penales de justicia restaurativa. En especial, la mediación restaurativa. 5.3. Justicia restaurativa y transformación positiva del conflicto penal. 6. Conclusiones.

1. Planteamiento de la cuestión.

Los sistemas procesales penales contemporáneos de tendencia acusatoria suelen establecer un régimen de la acción procesal penal caracterizado por el dualismo «principio de legalidad–principio de oportunidad», conforme al cual el ejercicio de esta acción se regula, por regla general, como una "potestad" de ejercicio oficioso u obligatorio (más como un "deber", entonces) del órgano estatal institucionalizado para ello y, por excepción, como un acto discrecional u oportuno de dicho ejercicio.

El sistema procesal penal colombiano vigente, encauzado en los modelos de tendencia acusatoria, regula un régimen de la acción procesal penal que combina los dos principios, el de «legalidad» («oficiosidad», según se propondrá más adelante),

como regla general y, el de «oportunidad» («discrecionalidad»), como la excepción.

Ahora bien, es posible plantear que existe una conexión conceptual entre la regulación de la acción procesal penal y las concepciones de la justicia penal: mientras que la priorización del principio de oficiosidad acompaña con una concepción de la justicia *retributiva* de este sistema, la prevalencia del principio de oportunidad reivindica una concepción de justicia *restaurativa* del mismo.

De este modo, es posible plantear que el diseño del régimen colombiano de la acción procesal penal apunta, *prima facie*, a una concepción de la justicia penal preponderantemente retributiva y residualmente restaurativa. Lo anterior, por cuanto el sistema penal al efectuar la regulación de la acción procesal penal está priorizando el carácter público del delito en tanto daño social, sobre el aspecto privado de la relación jurídico-penal, demarcada por los derechos e intereses de la víctima del delito.

En otras palabras, al priorizar el principio de oficiosidad sobre el de oportunidad de la persecución punitiva, la regulación del sistema procesal penal colombiano vigente vincula el ejercicio de ésta a criterios orientados más desde la concepción de la acción procesal penal como una potestad o derecho de punir en cabeza del Estado (que funciona más como una acción estatal *oficiosa*, es decir, como un deber u obligación de la persecución penal que como un derecho o potestad propiamente dicho), esto es, desde un enfoque retributivo de la justicia penal, que desde una concepción de la acción procesal penal basada en los derechos de las víctimas de la conducta punible o desde un enfoque restaurativo de dicha justicia.

Este trabajo se propone la construcción de algunas bases teóricas conducentes a reivindicar una concepción del ejercicio de la acción procesal penal y su regulación enmarcados en una mayor relevancia del denominado principio de oportunidad, esto es, orientados más desde un modelo restaurativo de la justicia penal que desde uno punitivo o retributivo, lo cual implica una perspectiva que privilegia los derechos de las víctimas como criterio central de la justicia penal, en lugar de la que prioriza el derecho o potestad del Estado de perseguir el delito y castigarlo.

El artículo se estructura en cuatro secciones. La primera efectúa una aproximación a las concepciones de la justicia penal a partir de las relaciones entre los conceptos justicia y derecho penal como parte de una teoría de la justicia en el Estado constitucional. La segunda realiza una incursión por el concepto y los alcances del principio de oportunidad de la acción procesal penal en el sistema penal del Estado constitucional. La tercera parte presenta una descripción sucinta de las concepciones de la justicia restaurativa en el sistema penal. Finalmente, la cuarta parte se ocupa de una proyección del principio de oportunidad de la acción

procesal penal desde la justicia restaurativa, en virtud de la cual se reivindica una orientación de dicho principio desde un enfoque de víctimas enmarcado en la transformación positiva de los conflictos, más que desde uno basado en la potestad de penar del Estado.

2. Entre el castigo y la reparación. Una aproximación a las concepciones retributiva y restaurativa de la justicia penal en el Estado constitucional.

Es común a las diferentes formas de organización social institucionalizada, como por ejemplo los Estados constitucionales de derecho, la existencia de diversas situaciones disputadas o conflictivas suscitadas en el marco de relaciones intersubjetivas, respecto de las cuales se hace necesario el reparto o la distribución de bienes, derechos, deberes y responsabilidades entre los distintos sujetos que las integran.

Uno de los modos en que se conceptualiza dicho reparto en torno a estas situaciones y/o relaciones disputadas corresponde a la categoría «justicia», la cual ha sido estudiada a través de diferentes discursos, según los diversos saberes que hacen de ella su objeto de estudio, por ejemplo, distributiva y conmutativa, en la filosofía; retributiva y restaurativa, en el saber jurídico, entre muchas otras concepciones.²

Es tan trascendental la idea y el valor de la justicia³ que los Estados constitucionales tienen previsto como un derecho fundamental de sus ciudadanos el acceso a la administración de justicia, al que se vincula el correlativo deber de dichos Estados de garantizar este derecho. Es por ello que, en estos modelos de Estado existe un poder judicial, a lado de los restantes poderes públicos, encargado de hacer efectiva la función estatal de garantizar el acceso a la justicia, que se considera esencial para la protección de las demás garantías y derechos fundamentales de los asociados.

2 Brian Barry. *Teorías de la justicia*. Traducción de Cecilia Hidalgo con la colaboración de Clara Lourido. (España: Gedisa, 2001). También, Federico Escobar Córdoba, "La justicia restaurativa y las teorías de la justicia", *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n°31 (2006): 147-170.

3 "Pocas ideas despiertan tantas pasiones, consumen tantas energías, provocan tantas controversias, y tienen tanto impacto en todo lo que los seres humanos valoran como la idea de justicia. Sócrates a través de Platón sostenía que la justicia es una cosa más preciosa que el oro (*La República*, Libro Primero, 336 e) y Aristóteles, citando a Eurípides, afirmaba que ni la estrella vespertina ni la matutina son tan maravillosas como la justicia (*Ética Nicomaquea*, Libro Cuarto -De la Justicia-, i)". Carlos Nino, "Derecho, moral y política", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n°14, (1993): 61.

Precisamente, como consecuencia de este monopolio de la administración de justicia originado en la consolidación del Estado de derecho moderno, en el saber jurídico una de las tipologías más asentadas de la justicia penal corresponde al binomio «justicia retributiva-justicia restaurativa», con el que se pretende dar cuenta de dos grandes y contrapuestas concepciones jurídicas de la justicia. Estas concepciones acentúan, de modo diferente, el peso que le otorgan a dos categorías: el castigo del ofensor en la justicia retributiva, que en tal medida requiere de la imposición heterocompositiva por el Estado y sus autoridades jurisdiccionales, de un lado y, de otro lado, la reparación de los derechos de las víctimas en la justicia restaurativa, que surge de una acción autocompositiva propia de una dimensión consensual de la justicia.

En la cultura jurídica occidental ha sido predominante, especialmente en el ámbito de la justicia penal, con todo y que probablemente la sea de modo discontinuo, la concepción retributiva de la justicia, especialmente a partir de la Edad Media,⁴ dado que las representaciones sociales en torno a la justicia penal la conciben inseparable del castigo: “sin castigo no hay justicia”.

Pero, aunado a otras razones teóricas y socioculturales, es un hecho que las altas demandas de acceso a la justicia institucional de los regímenes democráticos contemporáneos han rebasado la capacidad de los poderes judiciales estatales para garantizarla como una acción retributiva, abocando a su abordaje desde perspectivas alternativas, como por ejemplo las restauradoras.

Este «giro restaurativo» obedece en buena medida al paradigma comunicacional que ha operado en las ciencias sociales. En efecto, el surgimiento de la racionalidad dialógica o comunicativa como contraposición a la racionalidad sistémica, involucra para las concepciones de la justicia y su relación con el derecho, importantes posibilidades de reconstrucción de estas teorías, incluyendo las de carácter penal:⁵

4 “[...] el sistema penal fue abandonando progresivamente la idea de dar satisfacción a las víctimas, para buscar la aplicación de un escarmiento al culpable. Aquel derecho penal de daños, que ponía el acento en el perjuicio y su reparación, se mudó poco a poco a un derecho penal de delitos. Los delitos privados fueron paulatinamente desplazados por los delitos públicos, se “oficializó” la Justicia y la compensación debida a la víctima fue reemplazada por la sanción pecuniaria y por la imposición de las “costas”. Este proceso de neutralización de la víctima se fue profundizando en la baja Edad Media, con una creciente intervención estatal y un aumento en la crueldad de las penas, al diluirse el fin reparatorio de la pena y acentuarse el criterio ejemplarizante. El sistema penal y la pena estatal se transformaron así en instrumentos del control estatal directo sobre los súbditos y en herramientas de coacción y dominación en manos del Estado, en condiciones de uso aún sin necesidad de una queja externa, es decir sin el reclamo de una víctima.” Cfr., Ricardo J. Mendaña, “Ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad”, *Pensamiento Penal*, n°1, (2007): 2.

5 Rafael Alcácer Guirao, “Facticidad y normatividad: Notas sobre la relación entre ciencias sociales y

mientras la teoría de la justicia penal retributiva está basada en la relación entre derecho y coacción propia de la racionalidad sistémica, la teoría de la justicia penal restaurativa encuentra sus bases en una relación entre derecho y diálogo racional.⁶

Esta situación ha demandado el replanteamiento tanto del Derecho penal sustantivo como, especialmente, del Derecho procesal penal, pensados en clave de las concepciones restaurativas y no solo retributivas de la justicia penal, así como la formulación de políticas públicas penales conducentes a un sistema de justicia integral, diseñado para la resolución pacífica de los conflictos, del cual el sistema penal forma parte, lo que requiere que se posibiliten no solo escenarios de justicia retributiva sino también restaurativa.

Lo anterior ha dado lugar a que, de un lado, los procesos judiciales incluyan etapas preprocesales de justicia restaurativa (en ocasiones de agotamiento obligatorio para la continuidad de los procesos judiciales en su dimensión adversarial) y, de otro lado, a que se amplíe el ámbito de sujetos prestadores del servicio público de justicia, de modo que ya no sólo lo es el poder judicial sino también otros sujetos como los de la justicia administrativa (esto es la que desarrollan los operadores de la función pública a través de la vía gubernativa), así como aquellos encargados de gestionar los denominados mecanismos autocompositivos (también llamados alternativos) de (re)solución de conflictos (MARC o MASC).

Como puede verse, es pertinente aceptar que más que "la" *justicia* existen *justicias*, con lo que se está admitiendo que los conflictos pueden ser tramitados, resueltos o, mejor, transformados, de formas diferentes, con aplicación de elementos y criterios (de justicia) diversos. Dos de estos criterios de clasificación de las justicias y su concurrencia son de gran relevancia para la justicia penal contemporánea: un primer criterio es de carácter formal, desde el cual pueden identificarse dos formas

Derecho Penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, (1999): 177-226.

6 "Jürgen Habermas, rescata la posibilidad de la racionalidad como forma legítima de un orden social. La sociedad se compone de dos dimensiones: a) el mundo de los sistemas: como la economía, la burocracia, administración gubernamental, judicial o el mundo del trabajo, donde opera la racionalidad estratégica, en que lo importante es el fin más eficiente para un determinado medio, donde no hay acuerdo ni entendimiento y b) el mundo de la vida, rescatado de la fenomenología alemana de Alfred Schutz y Thomas Luckmann, donde opera la racionalidad comunicativa, que es un acervo de conocimientos, un mundo simbólico de los acuerdos, mundo que se da por hecho, pudiendo cuestionarse ciertas partes del acervo, lo que se centra en posibilidades de acuerdo entre personas, para lo que el autor plantea numerosos requisitos, como la fe de las personas en lograr un acuerdo. Este autor es de los únicos en la disciplina sociológica que rescata la fe en la razón para el logro de acuerdos". Isabel González Ramírez, "¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?", *Revista de Justicia Restaurativa*, n°2, (2012): 9-10.

de justicia, la «justicia consensual» (también llamada negocial o autocompositiva), y la «justicia institucional» (heterocompositiva o estatal). El segundo criterio es *sustancial*, conforme al cual existen modelos de «justicia retributiva» (o punitiva) y modelos de «justicia restaurativa» (o reparativa).⁷

La justicia consensual o autocompositiva se fundamenta en la capacidad de los sujetos de una relación social en conflicto para agenciar por sí y entre sí mismos sus disputas y, de forma civilizada, directa o mediada, llegar a un acuerdo que les permita resolverlas. Para ello la generación de capacidades sociales y de mecanismos institucionales en resolución consensual de conflictos, específicamente en mediación, conciliación, transacción, arbitramento, entre otros mecanismos, constituye un compromiso estatal de una política pública de justicia que se base en la educación ciudadana para la transformación positiva de los conflictos y la convivencia social pacífica y armónica.

Por su parte, la justicia institucional o heterocompositiva se basa en la idea de que los sujetos del conflicto, no habiendo logrado llegar a un acuerdo consensual para resolverlo, consideran necesaria y procedente la intervención de un tercero que es provisto por el Estado, generalmente, el juez. De este modo, esta justicia debería ser subsidiaria o residual al fallido intento de una resolución autocompositiva o negociada de la relación conflictiva.

2.1. La justicia penal contemporánea: entre el castigo y la restauración.

Una política pública que desarrolle un sistema de justicia penal que responda a las necesidades y demandas de justicia de la sociedad civil de un Estado constitucional, debería posibilitar la combinación de los dos criterios mencionados (formal y sustancial) con cada una de sus dos modalidades (autocompositiva-heterocompositiva, retributiva-restaurativa,) desde una perspectiva alternativa a la tradicional conforme a la cual, mientras los modelos de justicia consensual o autocompositiva son de orientación preponderantemente restaurativa, los modelos de justicia institucional o heterocompositivos, por su parte, están enmarcados, preponderantemente, en la justicia retributiva.⁸

7 Ivonne Díaz Madrigal. *La mediación en el sistema de justicia penal: Justicia restaurativa en México y España*. (México: UNAM, 2016), 33: "Siguiendo a Lode Walgrave, la justicia se puede clasificar según el elemento que se atiende con prioridad en: retributiva (el crimen); rehabilitadora (el delincuente); y restaurativa (la reparación del daño). En función de lo focalizado también será distintos los medios empleados, el modelo retributivo utiliza la imposición de castigo; el rehabilitador, el tratamiento, y podríamos afirmar que el restaurativo, el diálogo."

8 "Una orientación retributiva implica una conceptualización generalizada de la justicia como afirmación

Como se ha ido planteando, a partir del giro restaurativo ello no tiene por qué ser así. Se requiere y es necesario un sistema alternativo que posibilite el componente de justicia consensual que funcione, si no como regla general, por lo menos con mayor peso e importancia que la que le brinda su ubicación como un aspecto subsidiario o residual del componente heterocompositivo-judicial, al tiempo que un sistema judicial que si bien no funja como residual o subsidiario del anterior, tenga un menor peso en la resolución de los conflictos frente a la autocomposición negocial del que suele tener en la perspectiva tradicional de la justicia.

Obviamente, se trata de un sistema de justicia que destine el recurso humano, técnico y económico suficiente para educar a los ciudadanos y a las agencias estatales y sociales de gestión de las justicias en las competencias requeridas para la resolución civilizada, especialmente consensual o negocial (aunque también institucional) de los conflictos y que, además, provea el aparato institucional que garantice esta funcionalidad.⁹

unilateral contra el infractor, reduciendo el estatus y el poder usurpado por el infractor a través de la transgresión. [...] Una orientación restaurativa, por otro lado, implica una conceptualización generalizada de la justicia como la consecución de un renovado consenso con las partes afectadas.” Anthony Pemberton, Pauline Aalter y Eva Mulder, “Más allá de la retribución, la restauración y la justicia procesal: los dos elementos fundamentales de comunión y agencia en la perspectiva de las víctimas sobre la justicia”, *Psychology, Crime & Law* 23, n°7 (2017): 687, citando a Okimoto, Wenzel y Feather, traducción libre.

- 9 Existen importantes llamados de atención sobre el real compromiso del discurso jurídico hegemónico con respecto a la incorporación de la justicia restaurativa a la forma jurídica predominante, con miras a su transformación: “el discurso jurídico se mantiene en un lugar de ajenidad que se configura como contrariedad cuando recordamos que, en realidad, gran parte de las motivaciones transformadoras de las Administraciones de Justicia hacia lógicas restaurativas arraigan en las profundas disconformidades para con el substrato íntimo de la lógica jurídica hegemónica y sus institucionalidades específicas. Por lo tanto, y así dadas las cosas, tal ajenidad funciona como una operación de auto-blindaje que oculta la resistencia a participar (formar-parte) de lo restaurativo como aspiración paradigmática. *Probation*, Principio de Oportunidad, Mediación u otras salidas colaterales a los procesos judiciales permiten que sus lógicas lineales adversariales permanezcan incólumes, negando tozudamente la compleja estructura de lo socio-jurídicamente real, con su constitución histórica y cultural. Son mejor que nada, pero, simultáneamente, constituyen velados peligros para las aspiraciones a las que nos referimos.

[...] Restaurar implica un posicionamiento subjetivo en favor del diálogo, y exige cambiar el mero oír por la escucha que emplaza la comunicación como racionalidad (Habermas, 1984). La racionalidad comunicativa no usa lo oído para operar con ello de manera exitosa sino para participar de un proyecto de transformaciones compartidas, es decir que transforma transformándose. Esto último ilustra cuán lejos está lo restaurativo de las lógicas jurídicas tradicionales, razón por la cual urge volver la mirada sobre ellas invitándolas a involucrarse de lleno y autocriticamente en dicho movimiento.

[...] Lo restaurativo, si es real, no se siente ajeno a la transformación. No le teme, sino que arriesga para lograr la pacificación como ganancia común, en el orden cotidiano, pero con impacto sobre la institucionalidad dominante. De allí que, teniendo presente lo anterior, resulte urgente la revisión de

El Derecho penal moderno obedece, en buena medida, al paradigma de la concepción de la justicia basada primordialmente en el castigo y, al tiempo, al modelo punitivo de justicia penal enfocado en la heterocomposición jurisdiccional de los conflictos a partir de la pena.

Así pensada, la justicia penal es retributiva y heterocompositiva. Debido a estos caracteres es que algunos autores critican al sistema penal en el sentido de representar una “expropiación del conflicto”,¹⁰ originada en el desplazamiento de los intereses de las víctimas que opera por la subrogación del lugar privilegiado de estas por el Estado como titular de la pretensión penal.

Este sistema de justicia penal punitivo o retribucionista se basa ante todo en una idea de justicia *legal*, en virtud de la cual sus instituciones son rígidas respecto de las posibilidades de transformación del conflicto cuya resolución está prefigurada en la ley, es decir, como una dimensión del principio de legalidad, que lo es, recuérdese, del delito y de la pena, siendo esta la solución legal, por antonomasia, del Estado al conflicto del delito.

Ahora bien, por lo dicho es crucial que la justicia penal de un Estado constitucional sea expresión de un sistema de justicia integral como el descrito, es decir, que combine elementos de justicia retributiva y restaurativa, heterocompositiva y consensual; esto último demanda la implementación de estrategias de educación y

la referida ajenidad jurídica. Apremia, entonces, impulsar legislaciones (de fondo y procesales) que reflejen la lógica restaurativa desde su constitución más íntima y no a través de meros apéndices que funcionen cual cosmética jurídica.” Osvaldo Agustín Marcón, “Justicia restaurativa: la ajenidad jurídica como encrucijada”, *Revista Pensamiento Penal*, n°391, (junio de 2021).

- 10 Alessandro Baratta. “Principios de derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”. En *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*. Traducido por Beatriz Lenzi. (Argentina: Editorial B de F, 2004): 316: “Han sido puestas de relieve las graves distorsiones que el sistema penal presenta cuando éste es evaluado desde el punto de vista de los intereses de la víctima; el derecho penal permite comprobar, en particular cuando se refleja sobre el rol de la víctima en el proceso, la casi total expropiación del derecho de articular sus propios intereses.” En contra de este planteamiento Marcelo Sancinetti. “Avenimiento y mediación: ¿la pena como “objeto de negocios jurídicos”?”, *Pensamiento Penal*, (Febrero de 2014): 6: “Ahora bien, ¿es correcto pensar que el acaparamiento del problema penal por parte del Estado haya sido una expropiación, es decir, la apropiación de algo en sí privado, que el Estado hizo suyo y que le era ajeno? Tengo por equivocada esta interpretación. Es cierto que en los libros de Derecho penal, sobre todo los de corte alemán, el carácter público de la pena es explicado como el producto de una larga evolución, que se habría iniciado en una situación de —composición privada—, y que recién en torno al año 1500, especialmente tras la *Constitutio Criminalis Carolina* se hizo del asunto penal una cosa pública. Creo que esa visión de las cosas es algo opaca. Cuál fuera la situación en Alemania en el derecho franco a inicios del siglo XVI no marca la pauta para captar el significado social de la pena, en cualquier época. ¿Cuál es el elemento común que identifica a —la pena, cualquiera que sea la época?”.

gestión en mediación y transformación positiva de conflictos y justicia restaurativa. Esta educación debe incluir tanto a los ciudadanos como a los funcionarios u otros sujetos particulares que tienen el rol de impartir o administrar justicia penal, así como a los demás abogados (fiscales, defensores y procuradores judiciales) que participan del sistema de justicia penal.

La justicia restaurativa, como expresión de una justicia consensual o negocial en sus diversas modalidades, es decir, incluyendo desde luego la que concierne al ámbito penal, consiste en una serie de prácticas sociales que si bien reconocen y recurren eventualmente a la jurisdicción, se asientan en una cultura de «justicias negociadas» consistente en una solución directa del conflicto a partir del diálogo que sobre él y sus intereses y posibilidades de solución acometen el ofendido y el ofensor como partes, la comunidad y con ellas el propio Estado; negociación que es posible cuando los ciudadanos (y los funcionarios y demás prestadores de justicia) son asistidos por un facilitador, generalmente un mediador, provisto de las capacidades de mediación y transformación positiva de conflictos, en el contexto de una cultura de paz, convivencia armónica y de no-violencia.

A diferencia de otros modelos de justicia que por su especificidad son temporales (vr. gr. la justicia transicional), el de justicia restaurativa tiene una vocación de regularidad y permanencia o, en otros términos, es estructural a la sociedad civil y su convivencia pacífica y armónica, puesto que forma parte y, al tiempo, contribuye a la generación de una cultura de paz.

Lo anterior, dado que este modelo se basa en prácticas autocompositivas pacíficas (legítimas) de transformación positiva de los conflictos sociales, entre las cuales despunta como primordial y relevante la «mediación». Educar en justicia restaurativa es promover la cultura de la mediación como condición estructural de una cultura de paz.

A este respecto es relevante la crítica que se realiza a la justicia penal tradicional desde la justicia restaurativa y consensual, relacionada con la expansión del derecho penal a la que ha sido proclive aquella, haciendo del derecho penal no la última ratio sino la primera razón del Estado para la gestión e intervención de los conflictos sociales que son considerados penalmente relevantes.¹¹ Es por ello que resulta de gran relevancia en un Estado constitucional de derecho, que se establezcan criterios de regulación de los comportamientos penales que aseguren el carácter de última

11 Virginia Domingo de La Fuente, “Justicia restaurativa como derecho de las víctimas”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n°41 (2017): 139: “[...] la Justicia Restaurativa apuesta por la responsabilidad social y el principio del derecho penal mínimo, y coadyuva a la dimensión preventiva especial: la responsabilidad ética del infractor.”

ratio del derecho penal, tanto desde la tipificación de las conductas penalmente relevantes como desde las conductas a perseguir penalmente.

En cuanto al primer aspecto, el derecho penal de un Estado constitucional debe ocuparse sólo de la persecución de algunos ilícitos, los que revisten mayor gravedad como ataques o riesgos para los bienes jurídicos, que además deben ser el objeto exclusivo de protección del derecho penal. En cuanto al segundo aspecto, la acción penal debe ser regulada incluyendo tanto elementos del principio de oficiosidad, propio de la justicia retributiva, como del principio de oportunidad, vinculado con la justicia restaurativa.¹²

En consecuencia, en un Estado constitucional la justicia penal no debe concebirse de modo unidimensional como justicia retributiva o enmarcada solo en el castigo, dado que es un riesgo de este modelo punitivista que puede desembocar en la expansión del derecho penal. El derecho penal debe ser orientado por una política criminal que, en tanto política pública de justicia, se asiente en los principios de necesidad de intervención y sus caracteres subsidiario o de última ratio y fragmentario, y de protección exclusiva de los ataques o riesgos más graves a los bienes jurídicos, perspectiva desde la cual la política pública de justicia penal da cabida a la concurrencia ponderada de justicia restaurativa y retributiva.¹³

12 “La justicia restaurativa más allá de contraponerse a la retributiva, la complementa; inclusive puede lograrse un equilibrio entre ambas, pues es por demás sabido que la retributiva es insuficiente, ya que sólo se enfoca en el castigo y pierde de vista el papel de la víctima, nulifica la cooperación de la comunidad, pues procura la venganza y la imposición del castigo como un instrumento de control de la violencia, debido al miedo y el dolor generado por la delincuencia.

[...] Un aspecto más es que la justicia restaurativa, a diferencia de la retributiva, da pauta para atender todas las perspectivas que las partes necesitan para conocer la verdad, lo que no permite ésta, al dejar al margen algunos aspectos en el proceso penal que —en la restaurativa— resultan determinantes para solucionar el conflicto entre las partes. La justicia restaurativa es una respuesta mucho más enriquecedora y eficaz para abonar a la solución del conflicto que la pena propiamente. El proceso penal prescinde del diálogo, desvía el interés de las partes, encubre la verdad entre las diversas declaraciones y revictimiza a quien ha resentido el daño, mientras que los procesos restaurativos humanizan a las partes al permitir la comunicación”. Mónica González, “Justicia restaurativa: una mirada a las necesidades de la víctima, la parte ofensora y la comunidad”, *Ciencia Jurídica*, Año 8, n° 15, Universidad de Guanajuato, México (2019): 102-103.

13 La justicia restaurativa “[...] prioriza los derechos humanos, ya que considera que para reducir la violencia y sanar el tejido social dañado como consecuencia del delito, la intervención del derecho penal debe ser mínimo; por ello, deben procurarse otros caminos que permitan superar la lógica del castigo pasando a una lectura relacional del fenómeno criminal, entendido primariamente como un conflicto que provoca la ruptura de expectativas sociales simbólicamente compartidas”. Cfr. Mónica González, “Justicia restaurativa: una mirada a las necesidades de la víctima, la parte ofensora y la comunidad”, 104.

3. Concepto y alcances de la justicia restaurativa en el sistema penal de un Estado constitucional.

Los inicios de la justicia restaurativa como modelo alternativo a la justicia penal tradicional (retributiva), se sitúan en Norteamérica, hacia la década de los años 70 del Siglo XX,¹⁴ aunque en todo caso son controvertidos,¹⁵ siendo su principal espacio de difusión, a partir de dicha década, los Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, con una creciente expansión contemporánea a otras latitudes.¹⁶

14 Aunque hay quienes fijan sus antecedentes remotos en algunas culturas premodernas. Así. Zehr. *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, 16: “[...] este movimiento le debe muchísimo a otros movimientos anteriores y a diversas tradiciones religiosas y culturales; especialmente, está en deuda con los pueblos indígenas de los Estados Unidos y Nueva Zelanda. Los antecedentes de la justicia restaurativa son mucho más amplios y sus raíces mucho más profundas que las iniciativas promovidas por los menonitas norteamericanos durante los años 70. En realidad, son tan antiguos como la historia humana”. En similar sentido, Macedonio Hernández, Carlos Alberto/Carballo Solís y Lucely Martina, “La justicia restaurativa como uno de los fundamentos para la reparación del daño por el delito causado a la víctima u ofendido”, *Ius, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 14, n°46, (2020): 310: “No cabe duda de que la justicia restaurativa es un concepto jurídico novedoso, pero también es importante señalar que, a lo largo del tiempo, han existido formas determinadas para resolver la reparación del daño ocasionado, como consecuencia de algún hecho que atenta contra la sociedad. A pesar de no tener esa denominación conceptual, sí tenían el mismo objetivo. Se debe destacar que, en las sociedades primitivas no organizadas jurídicamente, la restauración y la compensación eran valores sociales que se encontraban presentes en la actuación cotidiana. Ante ella, cualquier conducta reprochable por parte de un individuo se encontraba ligada a la idea de venganza, que podía llevar a cabo la víctima, la sociedad o quien ejerciera una forma de autoridad.” Cfr. También, Francisco Gorjón Gómez y María Elizabeth Rodríguez Rodríguez. “La justicia restaurativa como vía de pacificación social”. En *Tratado de justicia restaurativa. Un enfoque integrador*. Coord. por Francisco Gorjón Gómez. (México: Tirant lo Blanch, 2016), 43: “Los conceptos de restitución, restauración, etc. los encontramos desde tiempos antiguos en algunos casos en citas bíblicas y también dentro de los sistemas de solución de conflictos de los pueblos indígenas en países también como Nueva Zelanda, Canadá, Estados Unidos, y los pueblos indígenas latinoamericanos como México, etc. entre otros.”

15 Algunos ubican sus comienzos en Canadá, como es el caso de Alejandra Mera González-Ballesteros, “Justicia restaurativa y proceso penal: garantías procesales: límites y posibilidades”, en *Ius et Praxis*, 15, n°.2 (2009): 169: “Ontario, Canadá, es el lugar donde la literatura frecuentemente sitúa la primera experiencia de justicia restaurativa, cuando en 1974 el Mennonite Central Committee (Church), en el espacio brindado por ciertos tribunales, introdujo la mediación penal para resolver algunos casos”. Otros, por su parte, ubican los comienzos de la justicia restaurativa en Estados Unidos: “El término Justicia Restaurativa fue acuñado por primera vez en 1977 por Albert Eglash que distinguió tres tipos de justicia criminal: retributiva, distributiva y restaurativa. Los dos primeros tipos se enfocan en el acto criminal y negaban la participación de la víctima en el proceso y una participación pasiva por los ofensores. La tercera forma, es decir la restaurativa se enfoca a reparar el daño causado por el acto criminal, envolviendo a las partes en el proceso. La Justicia Restaurativa proporciona una oportunidad para que el ofensor y la víctima reparen la relación, es decir entren en un proceso de reconciliación”. Gorjón y Rodríguez. *La justicia restaurativa*, 48.

16 Zehr. *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, 75-76, al dar cuenta de la genealogía de la justicia

Si bien existen múltiples conceptos de justicia restaurativa, se suele echar mano de un concepto procesal de la misma, adoptado por la Organización de Naciones Unidas como criterio para la promoción global de políticas públicas de esta justicia. Esta definición es procesal porque se basa fundamentalmente en las prácticas que caracterizan la justicia restaurativa, encaminadas todas a su dimensionamiento como un proceso o procedimiento “por el cual todas las partes con un interés en un determinado delito se reúnen para resolver colectivamente la manera de hacer frente a las consecuencias de la ofensa y a sus implicaciones para el futuro”.¹⁷

En este sentido procesal,¹⁸ la denominación «justicia restaurativa» surge de la implementación de diversas prácticas de acercamiento entre víctimas y ofensores que fueron llevadas a cabo por fuera de los procesos judiciales penales ordinarios, señalando que, en rigor, “Sólo tres modelos de prácticas de Justicia Restaurativa cumplen con los criterios de Marshall: la mediación, los círculos y las conferencias.”¹⁹

restaurativa recurre a la metáfora del nacimiento y el curso de un gran río: “Actualmente la justicia restaurativa goza del reconocimiento de gobiernos y comunidades interesados en el problema del crimen. Miles de personas de todo el mundo aportan su experiencia y conocimiento a este río; un río que, al igual que todos los ríos, existe porque se alimenta de muchos afluentes que fluyen hacia él desde todas partes del mundo. Algunos de estos afluentes son programas prácticos, como los que se implementan actualmente en muchos países de todo el mundo. El río también se alimenta de una variedad de tradiciones indígenas y adaptaciones actuales basadas en ellas: las conferencias familiares adaptadas a partir de tradiciones maoríes en Nueva Zelanda, los círculos de sentencia de los grupos aborígenes del norte de Canadá, las cortes de paz de los navajos en los Estados Unidos, el derecho tradicional africano o un proceso afgano conocido como jirga. El campo de la mediación y resolución de conflictos también aporta su caudal a ese río, al igual que los movimientos por la defensa de los derechos de las víctimas y los movimientos que en décadas pasadas promovieron alternativas a la encarcelación. Diversas tradiciones religiosas desembocan también en este río.”

- 17 Paul McCold, “La historia reciente de la justicia restaurativa. Mediación, círculos y conferencias” traducción de Jose Dym, *Delito y sociedad: revista de ciencias sociales* 2, n° 36, Universidad Nacional del Litoral, Argentina (2013): 10.
- 18 Como destaca McCold, “La historia reciente de la justicia restaurativa. Mediación, círculos y conferencias”: “La definición de Marshall, denominándola “proceso”, proporciona una definición teórica necesaria pero no suficiente de la Justicia Restaurativa (McCold, 2000). Pero, como definición operativa, proporciona un claro requisito mínimo para los programas restaurativos: (1) las víctimas y sus victimarios en reuniones cara a cara, donde (2) determinan el resultado”
- 19 McCold, “La historia reciente de la justicia restaurativa. Mediación, círculos y conferencias”, autor que distingue los tres modelos de prácticas restaurativas como “primarios”, para diferenciarlos de otras prácticas restaurativas a las que denomina “menores”: “como el arbitraje, la restitución financiera, la compensación a las víctimas, los grupos de justicia comunitaria, los paneles de impacto sobre la víctima y las sanciones de servicio comunitario.”, diferenciado también estas prácticas restaurativas de las correspondientes a las denominadas “Comisiones de la Verdad” originadas en contextos de procesos de paz nacionales.

Estas prácticas y sus características básicas²⁰ fueron sistematizadas a la manera de «principios de la justicia restaurativa», tales como:

(i) El sistema penal debe centrarse en el ofendido y no en el ofensor. La resolución del conflicto propio del delito debe ser el resultado de un diálogo que permita escuchar los intereses de la víctima y de la sociedad, y no solamente ser la consecuencia de la relación ofensor y Estado.²¹

(ii) El sistema penal debe orientarse prioritariamente hacia la reparación de la víctima y no tanto hacia el castigo del ofensor. La respuesta de la justicia restaurativa al delito es la reparación antes que la pena. Las soluciones de justicia ofrecidas por sistema penal basado en el modelo punitivo-retributivo dejan de lado como prioridad la reparación de la víctima del delito.

(iii) El sistema penal debe transformar el modelo de la prisión retributiva. Este modelo está en crisis y es disfuncional al cumplimiento de funciones positivas como la rehabilitación y la resocialización de los condenados, llegando al punto de convertirse en un espacio de afrenta contra los derechos humanos de estos. En contraste con este modelo, la justicia restaurativa aboga por la reintegración a la sociedad de victimarios y víctimas.²²

20 Ana María Cortés, “La justicia restaurativa y el fin de prevención especial de la pena”, *Cuadernos de Derecho Penal*, n°3, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba/Instituto de Ciencias Penales, Argentina, (2017): 55: “Los procesos de justicia restaurativa pueden adaptarse a varios contextos culturales y a las necesidades de comunidades diferentes. Algunas características de los programas de justicia restaurativa son:

- Una respuesta flexible a las circunstancias del delito, el delincuente y la víctima que permite que cada caso sea considerado individualmente.
- Una respuesta al crimen que respeta la dignidad y la igualdad de cada una de las personas, desarrolla el entendimiento y promueve la armonía social a través de la reparación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades.
- Una alternativa viable en muchos casos al sistema de justicia penal formal y a sus efectos estigmáticos sobre los delincuentes.
- Un método que puede usarse en conjunto con los procesos y las sanciones de la justicia penal tradicional.
- Una estrategia que incorpora la solución de los problemas y está dirigido a las causas subyacentes del conflicto.”

21 Vale precisar que la perspectiva de la justicia restaurativa que aquí se reivindica no se encamina a concebir como un interés de la víctima su “derecho al castigo del ofensor”, desde el cual se construyen cuestionables teorías de la pena. Para una crítica a estas, Luis Greco. “¿Penalista con conciencia tranquila? Una crítica a la teoría de la pena basada en la víctima”. *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*. Dir. Javier De Vicente Remesal Et. Al. Vol. I., (España: Reus, 2020), 186-197.

22 Emilio C. Viano, “La justicia restauradora: una nueva perspectiva en derecho penal, victimología y criminología”, *Derechos Humanos y Transformación de Conflictos*, n° 1, Universidad del Sagrado

El propósito de la justicia restaurativa es plantear un modelo alternativo al de la justicia tradicional o retributiva,²³ esto es, un modelo que centra la idea de justicia en los intereses y la visión de las víctimas y de la comunidad respecto de la reparación del daño que han sufrido con el delito,²⁴ antes que hacerlo en la perspectiva del castigo jurídico y la retribución social a los infractores como consecuencia de la aplicación de la ley penal, con base en el principio de legalidad.²⁵

Corazón, Puerto Rico (2009): 23.

- 23 Cfr. Josep Tamarit Sumalla, "El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012", *Ars Iuris Salmaticensis* 1, Universidad de Salamanca (Junio de 2013): 40-141: "La irrupción de la justicia restaurativa nos ofrece la oportunidad de revisar la visión del mundo propia de la justicia penal convencional y de las concepciones dogmáticas sobre la ley y la justicia. [...] La justicia restaurativa se ve obligada a abrirse camino frente a las arraigadas concepciones en que se basan las viejas y todavía poderosas formas de la justicia penal. La justicia restaurativa antepone las necesidades reales de los sujetos, la comunicación emocional, la ética del cuidado o los objetivos de pacificación sobre la concepción idealista de la justicia. Estos objetivos y estas necesidades de los individuos y de las comunidades se anteponen también al ejercicio del poder del Estado o al imperio de la racionalidad del Derecho penal ilustrado e igualitario. Sus detractores naturales serían pues, ante todo, aquellos que confían en la «terapéutica punitiva», con todos sus ropajes simbólicos y comunicativos, y quienes temen que las prácticas restaurativas puedan hacer llegar a la sociedad el mensaje de que las instituciones no toman en serio el delito o el sufrimiento de las víctimas. En el grupo de los escépticos se encuentran también todos aquellos que desconfían de una «deriva hacia lo emocional» que amenace la seguridad de lo racional o perciben el riesgo de una pérdida de control sobre la respuesta institucional al delito o incluso sobre el discurso académico relativo a esta respuesta."
- 24 María Eugenia Rodríguez Palop. *Justicia retributiva y justicia restaurativa (reconstructiva). Los derechos de las víctimas en los procesos de reconstrucción*, en *Cátedra Unesco y Cátedra Infancia: derechos humanos y políticas públicas*. (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2013), 115.: "[...] la justicia reconstructiva trata de trascender la lógica del castigo y pasar a una lectura relacional del fenómeno criminal, buscando precisar simultáneamente la responsabilidad del autor, la reparación a la víctima y la reintegración del victimario (su vinculación a la comunidad a la que también ha dañado). Todo ello sin olvidar que en los procesos de justicia reconstructiva debe predominar una visión de la justicia desde y hacia las víctimas, es decir, una visión que ponga el énfasis tanto en su singularidad como en el deber de la memoria."
- 25 Cfr. Zehr, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, 71-72: "[...] el filósofo de derecho Conrad Brunk ha afirmado que, desde un punto de vista teórico o filosófico, la retribución y la restauración no son los polos opuestos que muchas veces nos imaginamos. Y, lo que es más, tienen mucho en común. Tanto la teoría retributiva como la restaurativa tienen como meta principal la reivindicación mediante la reciprocidad, es decir, lograr que las partes "queden a mano". Lo que las diferencia es el medio que sugieren para restaurar este equilibrio. Ambas teorías de la justicia, la retributiva y la restaurativa, reconocen la intuición moral básica de que el delito implica la ruptura de un equilibrio. Como consecuencia, la víctima merece algo y el ofensor debe algo. Ambos enfoques sostienen que debe haber una relación proporcional entre el acto y la respuesta. No obstante, difieren específicamente en la moneda con la cual se pagará la deuda y se restaurará el equilibrio. La teoría retributiva sostiene que el dolor reivindicará la injusticia que se ha cometido; pero en la

En esta medida la justicia restaurativa sustituye la preeminencia del castigo de los victimarios por la de la restauración o reparación de las víctimas del delito, para la construcción del concepto de justicia. *Lo justo es*, fundamentalmente, lo restaurador o reparador de la víctima del delito y sus intereses, con independencia de que exista la imposición y posterior ejecución del castigo legalmente previsto al infractor y, sobre todo, de que se dimensione como una consecuencia legalmente indefectible de la comisión de un delito.

La justicia restaurativa confronta, en tal medida, al menos parcialmente,²⁶ el modelo del derecho penal liberal retribucionista, conforme al cual la función principal de la pena es la prevención del delito, a la que se une la rehabilitación del infractor,²⁷ en su búsqueda de eliminación de la venganza privada, concepción que

práctica esto resulta contraproducente muchas veces, tanto para la víctima como para el ofensor. Por otra parte, la justicia restaurativa sostiene que lo que reivindica realmente es el reconocimiento del daño sufrido por la víctima y de sus consiguientes necesidades, combinado con un esfuerzo activo por instar al ofensor a asumir su responsabilidad, enmendar el mal cometido y tratar las causas de su comportamiento. Al abordar de una manera positiva esta necesidad de reivindicación, la justicia restaurativa tiene el potencial de apoyar tanto a la víctima como al ofensor y ayudarles a transformar sus vidas.”

26 “la justicia restaurativa constituye una visión alternativa del sistema penal que, sin menoscabar el derecho del Estado en la persecución del delito, busca, por una parte, comprender el acto criminal en forma más amplia y en lugar de defender el crimen como simple transgresión de las leyes, reconoce que los infractores dañan a las víctimas, comunidades e incluso a ellos mismos; y por la otra, involucrar más partes en respuesta al crimen, en vez de dar papeles clave solamente al Estado y al infractor, incluye también víctimas y a la comunidad”. Julio Sampedro Arrubla, “Una reflexión victimológica en torno al sistema penal”, *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, n° 6, Legis, Colombia (2004): 91.

27 Para una crítica de la función rehabilitadora de la pena y una alternativa a la misma desde la justicia restaurativa, Pat Carlen, “Contra la rehabilitación. En defensa de la justicia restaurativa”, *Revista Crítica Penal y Poder*, n°. 9, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona, España (2015): 100-101: “[...] la rehabilitación no es tan beneficiosa como nos han enseñado a creer que es y a imaginar una justicia social radical en la que el concepto de rehabilitación haya sido incorporado dentro de la noción de una justicia restaurativa cuyos objetivos son una mayor igualdad social y una mayor igualdad ante la ley. Tal vez, en estos momentos, es más fácil imaginar que las vacas vuelen que imaginar una sociedad que adopte el principio de justicia restaurativa descrito aquí, aún menos el concepto de “compensación ciudadana” que pretende la consecución de una justicia social incluyente que proteja, por encima de todo, los valores de la ciudadanía y la reducción de la desigualdad, y no los valores de la acumulación de capital financiero. La teoría y la práctica de la rehabilitación, por el contrario, en la actualidad está basada principalmente en la reincorporación de los pobres a su lugar, y de los ricos al suyo, así que sin estar sustentada por el principio de igualdad ante la ley y por una justicia social incluyente, la rehabilitación no tiene sentido: sobre todo en el caso de los delincuentes en posiciones de poder que suponen una grave amenaza a nivel local y mundial, y ciertamente aún menos para la mayoría de los encarcelados que nunca han tenido nada a/en lo que ser rehabilitados.”

hace secundarios y, en ocasiones irrelevantes, los intereses de la víctima respecto de la reparación del daño que ha sufrido, dado que ella es desplazada por el Estado en la relación jurídico procesal penal con el ofensor.

De este modo, la justicia restaurativa incluye, como un aspecto de la reparación de las víctimas una instancia curativa, relacionada con la posibilidad de estas de “sanar”²⁸ el daño que les ha ocasionado el delito, teniendo en cuenta que como producto de este se considera que la víctima ha sido “dañada”²⁹ y es por ello que debe ser destinataria de una restauración o reparación.³⁰

3.1. La justicia restaurativa y la doctrina sobre las teorías de la pena de la dogmática penal liberal.

La dogmática penal liberal ha estructurado dos grandes discursos en torno a las categorías que erige en los fundamentos del derecho penal: las teorías del delito y de la pena. Las teorías de la pena son, a su vez, discursos proyectados desde dos categorías: los fines y las funciones de la pena. Dejando de lado las cuestiones atinentes a la pertinencia y los argumentos de que respaldan la distinción anterior, en la dogmática jurídico-penal liberal existen diferentes discursos o doctrinas acerca de la pena agrupables como teorías absolutas, teorías relativas y teorías

28 Cfr. Zehr, *Cambiando de lente. Un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*, trad. de la 3ª ed. por Cristián D. Quezada, José Sánchez Ibarra, Sylvia Whitney Beitzel y Vernon E. Jantzi, (Estados Unidos: Herald Press/Eanstern Mennonite University/Mennonite Historical Joel, 2012), 26: “Se sugiere que para encontrar la sanación, las víctimas deben encontrar respuesta a seis preguntas básicas: ¿Qué pasó? ¿Por qué me pasó a mí? ¿Por qué reaccioné como lo hice en ese momento? ¿Por qué he reaccionado como lo he hecho desde ese momento? ¿Y si pasa otra vez? ¿Qué significa para mí y para mi perspectiva (mi fe, mi visión del mundo, mi futuro)?”.

29 “¿Por qué es el crimen tan devastador, tan difícil de recuperarse de él? La razón es que el crimen es en esencia una violación: una violación del ser, una profanación de lo que somos, de lo que creemos, de nuestro espacio privado. El crimen es devastador porque altera dos suposiciones básicas en las que basamos nuestras vidas: nuestra creencia de que el mundo es un lugar con orden y significado, y nuestra creencia de autonomía personal. Ambas suposiciones son esenciales para sentirnos íntegros.” Zehr, *Cambiando de lente*, 24.

30 Según se ponga el acento en mayor o menor medida en la reparación, la sanación o la transformación del conflicto algunos autores distinguen diferentes dimensiones de justicia restaurativa: “Van Ness junto con Johnstone han defendido tres concepciones de Justicia Restaurativa: la primera por la cual la Justicia restaurativa se equipara a Mediación y Conferencias sociales restaurativas. La segunda, la concepción reparativa que de manera evidente pone el acento en la reparación del daño causado. Y la tercera concepción que es más visionaria y está más identificada con un concepto transformativo. El acento aquí está puesto en el modo de entendernos a nosotros mismos y la manera en que nos relacionamos con los demás.” Francisco Gorjón y Elizabeth Rodríguez, 48-49.

mixtas de la pena.³¹

Para la dogmática penal hegemónica, las primeras presentan una justificación retribucionista del derecho penal basada en el castigo como idea de justicia, en tal medida, como fin del derecho penal; las segundas, por su parte, basan la justificación del derecho penal en la utilidad de la pena para prevenir el delito, es decir, más que un fin, la pena cumple, principalmente, la función de prevención del delito, que puede ser de carácter general o especial, en ambos casos positiva o negativa.³²

Si bien el paso del fin a las funciones trató de depurar la teoría de la pena de una perspectiva metafísica, propia de sus inicios en la filosofía moderna, adentrándola en un ámbito, además de normativo, más empírico-social, a través del concepto de “prevención”,³³ el cual sigue teniendo un trasfondo retribucionista relacionado con el planteamiento según el cual existe una conexión conceptual necesaria entre justicia penal y pena, una especie de ontología retributiva de la pena con todo y su función preventiva: sin castigo no es posible prevenir los delitos, que es la concepción que las teorías preventivas tienen de la justicia penal.³⁴

Prima facie no es acertado este planteamiento, pues es admisible una diversidad de

31 Enrique Bacigalupo. *Derecho penal. Parte general*. (Argentina: Hamurabi, 1999), 29-43.

32 Alfredo Alpaca. “Sobre la imposición de la pena como retribución”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n°21-22, Universidad de Granada, España, (2020): 43.

33 “[...] la idea que se enhebra mejor en la cultura de la mediación ha sido la de la prevención general positiva. Esta idea comenzó a elaborarse en los años 80 como actualización de la tradicional teoría de la prevención general basada preponderantemente en la intimidación. En un primer momento, la prevención general positiva trató de definir cuál debía ser la función de la pena en un estado de derecho. La previsión normativa de las sanciones penales habría de buscar una confirmación de la legitimidad del derecho así como una estabilización de la conciencia general en aquél (MIR, 1986). En países que acababan de salir de una dictadura, como fue el caso de España, dicha teoría representó una recuperación de la fe en el mundo jurídico. Más adelante, se vio que su filosofía era también válida para justificar la mediación (MÜLLER-DIETZ, 1991: 210; DELGADO, 1998: 20; ALASTUEY, 2000: 447). El esfuerzo asumido por el ofensor con la mediación, mediante un proceso de reconstrucción social, sirve para asentar su conciencia en el derecho. Frente al proceso judicial que tiende a excluir (de ceremonia de degradación, hablaba hace algunas décadas el sociólogo americano GARFINKEL), la mediación y su precipitado, la justicia restaurativa, buscan la inclusión del infractor (de ceremonia de reintegración, hablan ahora autores como BRAITHWAITE/MUGFORD, 1994). Un derecho consensuado es más creíble y convincente para ofensores y víctimas que un derecho impuesto desde la atalaya de una fría sentencia judicial.” Horacio Roldán Barbero. “La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar”, en *Revista Penal*, n° 11, Tirant lo Blanch, España, (2003): 118-137.

34 Un panorama crítico de las teorías de la pena de la dogmática penal hegemónica puede verse en Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée. *Lecciones de derecho penal*. (España: Trotta, 2006), 58-69.

conceptos de justicia penal que permiten desligar esta noción del concepto de pena.³⁵ Es decir, es posible que exista justicia penal sin castigo o con una dosis de castigo inferior a la prevista en la ley. Y es precisamente este planteamiento el que caracteriza la justicia restaurativa. De allí que convenga un diálogo entre las teorías de la pena de la dogmática penal liberal retribucionista y las teorías de la justicia restaurativa.³⁶

Este diálogo puede tener como punto de partida que para estas últimas teorías la pena no es vista como una consecuencia indefectible del delito, ni siquiera como

35 Cfr. Zehr, *Cambiando de lente*, 27-28: "Un hilo común, que surge en cada víctima, puede ser identificado como la necesidad de una experiencia de justicia. Para algunas víctimas, dicha experiencia puede tomar la forma de una petición de venganza. Sin embargo, una demanda de retribución en sí, puede surgir de una experiencia negativa con respecto a la justicia por parte de la víctima. Efectivamente, una experiencia de justicia es tan básica que sin ella, la sanación bien puede ser imposible. Una experiencia de justicia para las víctimas tiene muchas dimensiones, algunas de las cuales ya se han nombrado. Las víctimas necesitan que se les confirme que lo que pasó estuvo mal, fue injusto e inmerecido. Necesitan la oportunidad de decir la verdad de lo que realmente les pasó, incluyendo su sufrimiento. Necesitan ser escuchadas y afirmadas.

[...] Como parte de esta experiencia de justicia, las víctimas necesitan saber qué medidas se están tomando para rectificar el mal y para reducir las posibilidades de que vuelva a suceder. Como hicimos notar antes, pueden querer la restitución, no solamente material entendida como una recuperación física de una cosa sino que también simbólica, entendida como una declaración moral implícita en el reconocimiento de que se cometió una ofensa y por los esfuerzos que se hacen para reparar el daño. La justicia puede ser una situación, pero también es una experiencia. La justicia debe ser hecha realidad. Generalmente las víctimas no están conformes con que se les asegure que las cosas se están arreglando. Quieren ser informadas y por lo menos en ciertos puntos, consultadas e involucradas."

36 Cfr. Nils Christie. "Las imágenes del hombre en el derecho penal moderno". En *Abolicionismo Penal*. (Argentina: Ediar, 1989), 129: "Cuanto más veamos al acto como *un punto en el tiempo* y no como un proceso, más fácil resultará la tarea de clasificarlo desde la perspectiva del derecho penal. Cuanto menos sepamos de toda la situación, más simple será nuestra tarea de clasificación.

El segundo elemento del pensamiento dicotómico dentro del derecho penal es la tendencia a observar los sistemas biológicos *o de la personalidad mucho más que los sistemas sociales*. Si se prestara atención al sistema social se abriría la posibilidad de analizar la interacción más que la acción. Ello también permitiría realizar un análisis de «*la responsabilidad social*», concepto que no se adecua al derecho penal. Por supuesto, la responsabilidad es un concepto clave para el derecho penal, pero *la responsabilidad personal*. ¿Se puede decir que el transgresor es personalmente responsable de sus actos, ¿Sabía él lo que estaba pasando? ¿Se lo puede culpar? La responsabilidad social da lugar a dos cuestiones mucho más complejas. Primero: Cuando se considera la situación social total de un supuesto delincuente, ¿éste lo es verdaderamente? Cuando un niño de color, triste, hambriento y despojado, que vive en un barrio pobre que rodea al paraíso material de los blancos, les come sus manzanas ¿es un delito?, ¿es un delincuente? En segundo lugar, el concepto de responsabilidad social, según la interpretación, podría dar lugar a la idea de que la culpa no es de los individuos, si no de los sistemas sociales. Este sería el enfoque marxista. El sistema social sería el culpable, los capitalistas deberían dimitir, eventualmente se los condenaría, mientras que el niño de color que comió las manzanas sería dejado en libertad. Pero éste también es el enfoque que se aplica cuando los estados declaran culpables, merecedores de castigo, a otros estados, o subsistemas dentro de los mismos estados."

un instrumento útil para su prevención,³⁷ dado que la respuesta institucional al delito está condicionada, prioritariamente, antes que al principio de legalidad, a los intereses de la víctima del delito, entre los cuales puede no estar la imposición de la pena si en virtud de la mediación con el victimario, la restauración o reparación que acuerdan incluye la prescindencia de la imposición de la pena o su transformación en una diferente a la de prisión.

Lo anterior implica concebir la pena como un instrumento prescindible o moldeable como rasgo distintivo de la resolución de los conflictos penales. Esta reconfiguración conceptual que permite concebir el derecho penal sin la imposición de la pena como su fin primordial, la hace posible la justicia restaurativa.³⁸

Ello presupone la apertura del pensamiento penal tradicional y su teoría retribucionista-utilitarista de la pena³⁹ hacia concepciones centradas en una idea de justicia alternativa a la de la indefectibilidad (legalidad) del castigo penal, como por ejemplo la que se centra en la visión de este como una relación social en conflicto, que incluye y tramita los intereses de la víctima, del ofensor y de la sociedad, a la cual le interesa que la relación social entre los dos primeros y el propio tejido social

37 Cortés. *La justicia restaurativa y el fin de prevención especial*, 65.

38 “La pena privativa de la libertad no puede ser la única respuesta a la delincuencia, esta tiende a deslegitimarse en soledad; la pluralidad de respuestas al delito no es sino un correlato a la pluralidad de situaciones que llevan a las personas concretas a delinquir. La reparación surge, en derecho penal, como una repuesta que pretende evitar el reduccionismo; no es una cuestión meramente jurídico-civil, sino que contribuye también a la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima; puede ser experimentada por él como algo necesario y justo además de fomentar un reconocimiento de las normas. Igualmente, puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y facilitar la reintegración del culpable.” Julio Sampredo Arrubla. “La justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas, en la solución al conflicto penal”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 17, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia (2010): 103.

39 Christie. “Las imágenes del hombre en el dercho penal moderno”: “Bombardeados por los resultados de la ineficiencia del tratamiento en la reincidencia, y también por los peligros de la ideología del tratamiento, los voceros de las teorías penales utilitarias han dejado de lado la idea del castigo motivado por *la necesidad de tratar los malos hábitos del transgresor* para referirse a la *necesidad de disuadir a las otras personas*, o de implantar la prevención general como se la llama en Escandinavia. Así, se castiga al transgresor, no para que éste mejore —ya sabemos que no lo hará— si no para controlar a las otras personas. Esta idea de prevención general es el núcleo de la imagen del hombre para la teoría penal moderna. Se castiga al transgresor, no por sí mismo, ni siquiera por algún principio abstracto de justicia, si no para poder controlar concretamente a los demás. Se castiga a las personas para que sirvan como ejemplo aleccionador. El dolor se utiliza para beneficio de otros. Por haber cometido un delito, uno es usado como una *cosa*, en el proceso social.”

comunitario se reparen,⁴⁰ de modo que el lugar del castigo en esta concepción no sea prioritario.⁴¹

40 Virginia Domingo de La Fuente, "Justicia restaurativa como ciencia penal o social, encaminada a mejorar la justicia", *Educación Social: Revista de Intervención Socioeducativa*, n° 67, Facultat d'Educació Social i Treball Social Pere Tarrés, Universitat Ramon Llull, España (2017): 74-75: "[...] la justicia restaurativa surgió para cubrir los vacíos legales, es decir, para mejorar la justicia tradicional e incidir en aquellos aspectos en los que ahora mismo no funciona como debería. Estos aspectos son básicamente los siguientes.

Las víctimas están fuera del sistema penal. Para la actual justicia retributiva importa más que se ha vulnerado la norma creada por el estado que el hecho en sí mismo, es decir, haber causado daños a una persona. El sufrir un delito lleva aparejado, además de un daño material y moral, unas necesidades que se reclaman de la justicia y que generalmente no se obtienen: recuperar el sentimiento de seguridad, información de lo que va sucediendo con su caso, contar lo vivido como medio para poder ir incorporando el delito como un aspecto más de su historia vital y recuperar el control sobre su vida. También existe la necesidad de reivindicarse: sentir que su humillación por sufrir el delito se transforma en honor y respeto.

El sistema penal tradicional en muy rara ocasión fomenta la responsabilidad del infractor y si lo hace, suele ser por conseguir beneficios jurídicos. Para el sistema penal no importa si se es o no culpable, el abogado probablemente le dirá que no confiese, salvo que pueda conseguir algún beneficio. La justicia de por sí informa de una serie de derechos que, indirectamente, están dando pie a no reconocer los hechos. No hay espacio para la asunción de responsabilidad de forma voluntaria y por la necesidad de hacer lo correcto.

En tercer lugar, todo es gestionado por profesionales, el sistema no da cabida o entrada a las víctimas pero tampoco a la comunidad. Y sin embargo, la comunidad es una víctima indirecta de toda clase de delitos y es que al igual que la víctima y el infractor, esta comunidad tiene una serie de necesidades. La comunidad necesita que sus preocupaciones sean atendidas y es que, como víctima, quiere sentirse reparada, y para ella, esto se traduce en la posibilidad de recuperar a la víctima y al infractor como dos personas nuevas y productivas. También requiere tener una oportunidad de poder construir un sentimiento de comunidad, ya que tras el delito se pierde la confianza en el todo, en la sociedad, por eso a través de la mutua aceptación de responsabilidad, del infractor y de la comunidad, se va a generar un sentimiento de grupo, pues se deben responsabilizar por el bienestar de sus miembros y promover, junto con los demás afectados, una sociedad más pacífica y saludable. Y, por supuesto, la comunidad necesita sentir que hay menos probabilidades de que el infractor vuelva a cometer un nuevo delito, de esta forma se previene que otros miembros se conviertan en víctimas y se consigue así una sociedad más segura y con más confianza en cada uno de sus miembros."

41 Cfr. Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée. *Lecciones de derecho penal*, 69: "[...] hay que reconocer que el Estado con la definición de un conflicto como delito, ha fracasado en el establecimiento de las condiciones para la participación ciudadana, y en la remoción de los obstáculos que dificultan la libertad y la igualdad.

En definitiva, el derecho penal debería convertirse en un derecho de alternativas para el sujeto. Si la norma advierte cuál es la solución que el Estado no está dispuesto a aceptar para el conflicto, al mismo tiempo debe dejar abierta cualquier otra alternativa para su solución. El derecho penal, en estas condiciones entraría a jugar cuando no se ha dado ninguna de las otras alternativas posibles o ni siquiera entraría a jugar si el conflicto se ha solucionado por otras vías mejores. Pero además de reconocerlo también ha de establecer las condiciones para que el ciudadano pueda solucionar el conflicto. Por eso, la pena ha de ser una alternativa más de participación en su solución.

El derecho penal de alternativas ha de reconocer la capacidad de las partes para solucionar sus

4. La regulación de la acción procesal penal y su incidencia el modelo de justicia penal: Concepto y alcances restaurativos del principio de oportunidad de la acción penal.

El modo en que los Estados de derecho regulan jurídicamente la acción procesal penal demarca los modelos, concepciones y alcances de la justicia penal. En otras palabras, el régimen de la acción procesal penal es un indicador o medidor de la política pública de justicia penal que los Estados constitucionales de derecho construyen.

En efecto, lo que para los Estados de derecho sea objeto de la persecución punitiva estatal, es decir, sea delito, y el modo en que esté regulado el ejercicio de dicha persecución, esto es, si preponderantemente obligatorio u oficioso o, por el contrario, prevalentemente discrecional, es una consecuencia, entre otros aspectos, de las concepciones de la justicia penal que dicho Estado privilegia como política pública de justicia y, por ende, como política criminal.⁴²

conflictos. En ese sentido el proceso penal ha de ser un escenario que posibilite el encuentro entre el autor y su víctima y su reconciliación, sin desdeñar una gestión reparatoria aunque sea simbólica.”

42 Ello al punto que el concepto de Derecho Procesal Penal es denotativo de esta relación entre el sistema procesal y la justicia penales. En tal medida, la definición de ROXIN encauza el paradigma de la prevalencia de la concepción retributiva de la justicia penal y del sistema de derecho procesal penal: “El Derecho Procesal Penal contiene los preceptos que regulan el esclarecimiento de los hechos punibles y la imposición del derecho del Estado a castigar”. Claus Roxin. *Derecho penal. Parte General. Tomo I*. Trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Javier de Vicente Remesal y Miguel Díaz y García Conlledo (España: Civitas), 45 (cursivas agregadas). Noción que desarrolla de forma ampliada en su Derecho Procesal Penal: “[...] es necesario un procedimiento regulado jurídicamente con cuyo auxilio pueda ser averiguada la existencia de una acción punible y, en su caso, pueda ser determinada e impuesta la sanción prevista en la ley. A la vez, la expresión proceso “jurídicamente regulado” comprende tres ideas: sus prescripciones tienen que estar dispuestas para contribuir a la realización del Derecho penal material de acuerdo con la forma que corresponde a las circunstancias de hecho demostradas; simultáneamente, ellas deben trazar los límites fijados al derecho de intervención de las autoridades de la persecución penal en protección de la libertad del individuo y, finalmente, ellas deben lograr la posibilidad, a través de una decisión definitiva, de restablecer la paz jurídica quebrantada. El Derecho procesal penal (también llamado Derecho penal formal) representa la síntesis del conjunto de las normas que sirven a ese fin”. Roxin. *Derecho procesal penal*, 2 (Cursivas adicionadas), llegando al siguiente planteamiento: “Meta del procedimiento penal es, por consiguiente, la decisión sobre la punibilidad del imputado: 1) materialmente correcta; 2) obtenida de conformidad con el ordenamiento jurídico procesal; y 3) que restablezca la paz jurídica”. No así, Maier, quien alude, en su definición, a la función más que al derecho de penar del Estado: “El Derecho procesal penal es la rama del orden jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad

Lo anterior aconseja, entonces que, para acometer una proyección conceptual del principio de oportunidad de la acción procesal penal y sus alcances, como indicador de las concepciones de la justicia penal estatal, sea pertinente realizar una aproximación previa y sucinta a los conceptos de «acción procesal» y de «acción procesal penal» y su regulación.

Desde un punto de vista general, la acción procesal puede ser definida como el derecho que tienen los asociados de un Estado de solicitar la intervención de un juez para que, incluso de ser necesario mediante la puesta en movimiento del aparato coercitivo estatal, les garantice la satisfacción de un derecho subjetivo del cual son titulares, modificando la situación jurídica preexistente que les impide acceder a su pleno ejercicio.

De este modo, aunque la acción procesal constituye un derecho subjetivo en el sentido de un poder o potestad subjetivos, el derecho de acción funciona como una garantía de protección judicial de los demás derechos subjetivos.⁴³

Desde un punto de vista específico, con respecto al concepto de acción procesal *penal*, surge la cuestión acerca de si éste se ajusta o no a las anteriores precisiones conceptuales. En otros términos, surge el problema de ¿cómo explicar que el titular del derecho de acción penal sea el Estado, por regla general (a través de la Fiscalía General de la Nación, en el caso colombiano) en lugar de la víctima del delito?⁴⁴

Al respecto, vale señalar que el ejercicio de la acción procesal penal por el propio Estado se concibió viable una vez se propició la delimitación del concepto de acción del de los demás derechos subjetivos. Ello implicó el detrimento de la subjetivación o privatización de la acción penal (acción penal privada), característica de los regímenes romano-germánicos del *ius puniendi*, en los que el ejercicio de esta era de carácter acusatorio o exclusivamente vinculado al interés efectivo del titular del derecho lesionado por la conducta infractora de una prohibición penal, en aras de su consideración como daño de carácter público, regulada a partir de

penal”, Julio Maier. *Derecho procesal penal, Tomo I.* (Argentina: Hammurabi), 75 (Cursivas del texto).

43 En esta dirección Binder plantea que la acción procesal, como derecho del ciudadano de activar o poner en movimiento el aparato judicial es, ante todo, un “poder que acompaña a todo derecho: hace que sea el poder que el individuo tiene para que todos los mecanismos y aparatos del Estado preocupados por la vigencia del sistema normativo se pongan en marcha para proteger el derecho vulnerado.” Alberto Binder. *Introducción al derecho procesal penal.* (Argentina: Ad Hoc, 1999), 212.

44 Cfr. Por ejemplo, la posición de Vicente Gimeno Sendra. *Manual de derecho procesal penal.* (España: Colex, 2010), 115: “El derecho de acción penal es un derecho fundamental, que asiste a todos los sujetos de derecho, y se ejercita mediante la puesta en conocimiento del Juez de Instrucción de una *notitia criminis*, haciendo surgir en el órgano jurisdiccional la obligación de dictar una resolución motivada y fundada sobre su inadmisión o sobre la finalización del proceso penal.”

la obligatoriedad u oficiosidad de dicho ejercicio, de corte netamente inquisitivo, opuesta por tanto a los modelos acusatorios.⁴⁵

La acción procesal penal pública,⁴⁶ en el sentido de una acción estatal u oficial (no de una acción popular), se erigió en mecanismo ordinario de regulación de la persecución penal a partir del siglo XIX hasta nuestros días,⁴⁷ dejando vigentes, sin embargo, algunos aspectos propios del modelo acusatorio originario (romano), cuya compatibilización con el modelo inquisitivo confluyó en la articulación de los denominados «sistemas procesales penales mixtos», los cuales oscilan entre

45 “En materia procesal penal es común que se contrasten los principios de legalidad y de oportunidad, para aludir a las diferencias de sistemas jurídicos. Pero en realidad, esta confrontación conceptual debe darse entre los principios dispositivo y los de persecución oficiosa, obligatoria y necesaria.

Aqué, fiel a la tradición del derecho romano, reconoce que el titular de un derecho puede disponer libremente del mismo. En el ámbito procesal esto significa que el titular de la acción puede disponer de ella ejercitándola o no, renunciándola total o parcialmente, transándola, etc. Al no hacer una distinción de fondo entre las acciones civiles y penales, los anglo-americanos han mantenido para el proceso penal la lógica de las acciones contenciosas romanas, de manera que se ha preservado, en cabeza del titular de la misma —ordinariamente un órgano del poder ejecutivo— la facultad discrecional de disponer de ella.

Por el contrario, la experiencia de la Inquisición dejó en la Europa continental dos consecuencias diferentes: de una parte, el repudio al método procesal inquisitivo y, de otra, la comprensión e que por su naturaleza el objeto del debate dentro de un proceso penal es sustancialmente distinto al que ordinariamente ocupa la atención en un debate civil. En principio de legalidad se proyecta en el proceso penal en el sentido de exigir del órgano estatal persecutor una actividad oficiosa —no discrecional— y necesaria, en el sentido de radicar en ella la afirmación de la vigencia del sistema.” Gerardo Barbosa Castillo, “Principio de legalidad y proceso penal”, *Derecho Penal y Criminología* 26, n° 78, Universidad Externado de Colombia, Colombia, (2005): 118.

46 No sobra precisar que con Carnelutti se elaboraron los argumentos para considerar que todas las acciones procesales y no sólo la penal, son de carácter público: “El derecho de acción no es el derecho del propietario o del acreedor, sino el derecho del ciudadano, o mejor todavía, del hombre. De ello deriva su naturaleza netamente pública y procesal; éste es el resultado inevitable de la distinción entre la acción y el derecho; la concepción del derecho procesal objetivo como una rama del derecho público, es su consecuencia directa, en línea de sistema; no sólo la jurisdicción es una función del Estado, sino la acción misma, aunque concedida en ejercicio privado. Esta separación rigurosa de la acción respecto del derecho material, que esclarece su carácter público, encuentra su paradigma en la figura del defensor, a cuyo estudio hemos dedicado en Italia cuidados particulares: mientras los dos derechos, material y procesal, pueden confundirse en la parte, al defensor pertenece sólo el segundo; es también en él donde el ejercicio privado de una función pública aparece a plena luz.” Francesco Carnelutti. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. de Santiago Sentis Melendo. (Argentina: Biblioteca Jurídica Argentina, 1994), 32-33.

47 Jorge Clariá Olmedo. *Derecho procesal penal*. (Argentina: Rubinzal-Culzoni, 1988), 158 “La exclusiva facultad promotora de la acción pública por parte del fiscal aparece nítida y sin ningún género de confusiones en los modernos códigos que le otorgan la investigación preparatoria y la fundamentación de la acusación sobre la base de su propia labor. De tal forma, queda en claro que corresponde a la Fiscalía el ejercicio de la acción, en una neta diferenciación respecto de las facultades decisorias propias del órgano jurisdiccional.”

sistemas preponderantemente inquisitivos o “inquisitivos impuros” y los sistemas fundamentalmente acusatorios o “acusatorios formales”, dependiendo del grado de asignación de relevancia de los elementos estructurales de uno y otro sistemas puros en cada caso.

El mecanismo de acción procesal penal pública o de ejercicio preponderantemente oficioso u obligatorio por el Estado se constituye, según lo visto, en la base del monopolio estatal del proceso penal; ello porque esa casi exclusiva legitimación del Estado para la (auto)activación de la jurisdicción penal, generalmente acompañada de notas inquisitivas insertas en la estructura del proceso, le permiten al aparato estatal garantizar el monopolio casi exclusivo de la facultad de requerir en juicio y de juzgar a quien se imputa la lesión de un bien jurídico destinatario de tutela penal.⁴⁸

4.1. Principios de oficiosidad y de legalidad como limitaciones condicionales y modales del ejercicio de la acción procesal penal.

Esta es una dimensión del ejercicio de la acción penal que está relacionada con la pregunta ¿Cuándo existe (y/o se manifiesta) el derecho de accionar a la jurisdicción penal en aras de la justicia penal?

El CPP colombiano regula la cuestión en los artículos 66 y ss.:

Artículo 66. Titularidad y obligatoriedad. *El Estado*, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, *está obligado a ejercer* la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código.

No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, *salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad* regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías.” (cursivas agregadas).

La anterior disposición y sus modificaciones⁴⁹ recogen dos modos de regulación

48 Con razón, al respecto del rasgo público de la acción procesal penal, afirma Vásquez Rossi: “Cuyos orígenes se relacionan más con la inquisición que con el método acusatorio. Sin embargo, en la actual configuración del sistema penal estatal, eminentemente público, puede concebirse una acción de estas características en una mecánica acusatoria que distinga con nitidez la función requirente de la decisoria, separando funcional y estructuralmente ambas.” Jorge E. Vásquez Rossi. *Derecho procesal penal. Tomo I. Conceptos fundamentales*. (Argentina: Rubinzal-Culzoni, 1995), 193.

49 Con posterioridad a la Ley 904 de, se expidió el Acto Legislativo número 6 de 2011, el cual adicionó

de la acción penal, con sus respectivos entrecruzamientos: de un lado, la acción penal desde el punto de vista de las limitaciones modales de su ejercicio, esto es, (i) la acción penal como una “potestad” de *obligatorio* ejercicio (principio de oficiosidad), y (ii) la acción penal como una potestad de discrecionalidad para su ejercicio por su titular (principio de oportunidad).

De otro lado, la acción penal desde el punto de vista de los sujetos titulares de su promoción o ejercicio y de sus potestades: (i) acción penal privada o propiamente dicha; (ii) acción penal pública; y (iii) acción penal mixta o “privada (públicamente) condicionada”. Por los límites propios de este trabajo, esta segunda clasificación no se abordará.

4.1.1. Acción penal obligatoria o regida por el principio de oficiosidad (principio de “legalidad”).

La doctrina procesal penal ha denominado, de modo mayoritario, a la modalidad de regulación obligatoria u oficiosa del ejercicio de la acción penal por el Estado «principio de legalidad». Este concepto es equívoco y se presta a confusiones, por lo que aquí se propone como alternativa, siguiendo a un importante aunque minoritario sector de la dogmática procesal penal, denominar esta cuestión «principio de oficiosidad» (u obligatoriedad) de la persecución penal.⁵⁰

Así, el CPP colombiano establece dos disposiciones con enunciaciones

el Parágrafo 2º al Artículo 250 de la Constitución Política, a través del cual se reguló la relativización parcial del principio de oficiosidad de la acción procesal penal: “Artículo 2º. El artículo 250 de la Constitución Política tendrá un parágrafo 2º del siguiente tenor: Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.” Con fundamento en esta reforma, se expidió la Ley 1826 de 2007, mediante la cual el legislador penal colombiano adicionó el Inciso Tercero al Artículo 66 de la Ley 906 de 2004 (CPP), creando así la figura de la acción penal privada: “LEY 1826 DE 2007. ARTÍCULO 1º. Modifíquese el artículo 66 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así: (Inciso tercero) Cuando se autorice la conversión de la acción penal pública a privada, y entre tanto esta perdure, la investigación y la acusación corresponderán al acusador privado en los términos de este código.”

50 Clariá Olmedo. *Derecho procesal penal*, 233 (aunque se refiere al concepto como principio de *oficialidad* en lugar de oficiosidad): “El principio oficial o de oficialidad es manifestación de la justicia estatal, rige para todo el proceso, pero con mayor extensión para el proceso penal. Trasciende de la jurisdicción para extenderse al ejercicio de la acción por cuanto ésta tiene por titular al Estado, y aunque subsidiariamente, también a la defensa técnica. Para la jurisdicción el principio oficial es absoluto; para la persecución es la regla, y para la defensa sólo surge eventualmente. El principio de oficialidad, que responde al interés social, contribuye decididamente a que el proceso penal responda al interés público de justicia en todas sus manifestaciones, sin derivar en tiranía procesal.”

diferentes del concepto legalidad procesal penal, en los artículos 6º y 322.⁵¹

Artículo 6. Legalidad. Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.

La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.

Artículo 322. Legalidad. La Fiscalía General de la Nación *está obligada* a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este código.

Un análisis de las disposiciones transcritas permite inferir que la primera enunciación del principio de legalidad está referida a la garantía de los ciudadanos a no ser investigados ni juzgados penalmente sino conforme a leyes procesales penales reguladoras de las formas propias del juicio, preexistentes a la comisión del hecho objeto de persecución penal, por los funcionarios y/o jueces penales competentes también conforme a la previa ley procesal penal y conforme a leyes con vigencia anterior a la conducta penalmente perseguida, sólo aplicables retroactivamente en razón de su favorabilidad al perseguido penal.

La segunda disposición, por su parte, alude a la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal por el Estado como criterio de regulación de la institución y, en concreto, del sujeto que en su nombre ejerza la titularidad de la acción penal (en el caso colombiano la Fiscalía General de la Nación), para el cual dicho ejercicio es obligatorio u oficioso, es decir, ajeno e independiente a la voluntad de la víctima del proceso en que la acción penal sea o no ejercida.

De este modo, la obligatoriedad u oficiosidad del ejercicio de la acción procesal penal hace parte de las formas propias del juicio que integran el principio de legalidad en la primera dimensión de este concepto. Por ello, el dualismo «legalidad vs. oportunidad» de la acción procesal penal, tal y como suele presentarlo un gran

51 Barbosa Castillo. *Principio de legalidad*, 116: “[...] el principio de legalidad referido al proceso penal no se limita hoy en día a la preexistencia formal de ritos y funcionarios competentes, sino que se extiende a nociones de naturaleza eminentemente procesal pero de contenido sustancial y, además, a cuestiones estrictamente sustanciales que se han visto alternadas, complementadas y en algunos casos subordinados por factores de carácter procesal.”

sector de la doctrina de la materia, no parece conceptualmente acertado.

Ahora bien, cabe indagar acerca de cuáles son algunas de las razones que respaldan el carácter obligatorio u oficioso del ejercicio de la acción penal por su titular. Una de ellas, la más importante quizás, tiene que ver con el carácter público⁵² del que están revestidos el delito y la pena en un Estado de derecho, al menos *prima facie*.⁵³

En estos modelos de Estado los delitos son considerados los ilícitos más graves entre los diferentes injustos que suele regular el ordenamiento jurídico, dada la relevancia social y político criminal del daño que es inherente a aquellos, lo que hace que se considere un daño de trascendencia público-social.⁵⁴ Lo anterior, dado de que

52 “Un Estado que por un lado asume el poder de requerir y por el otro el poder de juzgar (poder requirente y poder jurisdiccional en manos del Estado); se garantiza el monopolio de la persecución penal. Se ha pretendido fundamentar este monopolio en la necesidad de reducir los niveles de violencia que el delito genera por sí mismo (v. gr. venganza, etc.). Este argumento que en un plano también abstracto puede tener una mayor fuerza, cede inmediatamente ante la simple constatación de que ha sido el Estado el mayor productor de violencia inútil en el desarrollo de los sistemas penales.

Hoy entonces nos encontramos con un Derecho penal y un Derecho procesal penal fundados de un modo casi exclusivo sobre el concepto de acción pública. Sin embargo es ese mismo concepto de acción pública el que debemos criticar y reformular ...” Binder. *Introducción al derecho procesal penal*, 213-214.

53 “Existe la tendencia a pensar que una teoría absoluta de la pena determinará un principio de legalidad o, mejor, de oficiosidad de la acción pública, sumamente estricto, pero que, en cambio, una visión utilitarista de la pena, sea de prevención general o especial, puede abrir la puerta a soluciones compromisorias; hacer lo más conveniente en cada caso: aquí penar, allá sobreeser, acullá transar, aunque se trate de hechos iguales, en los tres casos.

[...] Es verdad que uno podría representarse el Derecho Penal como completamente desprendido de la culpabilidad del autor. Es bien posible, en efecto, que la pena impuesta incluso en un juicio que cumpla con todos los requisitos formales del debido proceso, de hecho, no sea más que una teatralización de la necesidad de expiar culpas sociales por vía de un sujeto sacrificado.

[...] Pero ninguna sociedad racionalista, ningún Estado de Derecho, asumiría en forma expresa que sus condenas penales no guardan ninguna relación con la culpabilidad del autor, que sólo se trata de entrega de chivos expiatorios para agradecimiento a Dios o redención de culpas, es decir, dicho en términos más modernos, que se trate de estabilizar la confianza en expectativas de conducta, a costa de cualquiera, infractor o no. Partimos de la base de que la pena, con cualquiera de sus variantes de legitimación moral, sólo se justifica demostrada que sea la culpabilidad del acusado. Que nadie nos garantice que nuestros condenados son realmente culpables es un déficit de realización de nuestra concepción del juicio justo, pero no un estado de situación que busquemos *ex profeso*”. Sancinetti, “Avenimiento y mediación”, 7-9.

54 Günther Jakobs. *Derecho penal. Parte general*. Trad. de Joaquín Cuello y José Luis Serrano, (España: Civitas, 1997), 12: “[...] de la infracción de las normas jurídico-penalmente garantizadas surge también un conflicto público, si es que se trata de normas legítimas de Derecho penal. Jurídico-penalmente sólo se garantizan aquellas normas a cuya observancia general no se puede renunciar para el mantenimiento de la configuración social básica. La decepción, el conflicto y la exigencia de una reacción a la infracción de la norma, por ello, no pueden interpretarse como una vivencia del

las conductas que son tipificadas como delitos en los códigos penales de los Estados de derecho, lo son por la importancia de los bienes jurídicos afectados y por la gravedad de la afectación a la que dichos bienes son sometidos.⁵⁵ Es esta trascendencia público social del daño que el delito implica, la razón por la cual la pena se entiende como un *castigo* que procede imponer al responsable de la comisión de un delito.

Sin embargo, históricamente esta valoración ha sido discontinua. Antes de la Modernidad y su impulso al surgimiento de los Estados de derecho, el daño derivado de los delitos era considerado prevalentemente como uno de carácter privado, en el que, no existiendo un interés público de la sociedad y del Estado en reprimirlo, el interés de la víctima u ofendido con dicho daño, es decir, el carácter privado de este, era el criterio central a tener en cuenta para asignar la titularidad de la acción penal, e incluso para la adopción de la decisión que resolvía el conflicto de dicha relación jurídica.

En este contexto, la relación jurídico penal sustancial coincidía con la relación jurídico-procesal penal, pues ambas tenían como sujetos a ofensor y víctima, con sus respectivos roles: en la relación jurídico penal sustancial el sujeto activo de la acción delictiva era el victimario y el sujeto pasivo la víctima, mientras que en la relación jurídico-procesal penal el sujeto activo de la acción procesal penal era esta última y el sujeto pasivo el victimario.

Con la consolidación del punto de vista moderno que afirma el carácter público del delito debido a su consideración como daño social, la coincidencia de las dos relaciones jurídicas se rompió, dada la irrupción del Estado como sujeto activo de la acción procesal penal, desplazando a la víctima de dicho rol en la esta relación.⁵⁶

sistema individual «persona singular», sino que han de interpretarse como sucesos en el sistema de relación social.

Afirmando posteriormente, Jakobs, Günther, *Derecho penal*, 13: “Esta contradicción a la norma por medio de una conducta es la infracción de la norma. Una infracción normativa es, por tanto, una desautorización de la norma. Esta desautorización da lugar a un conflicto social en la medida en que se pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación”.

55 Wolfgang Schöne. “La protección del hombre en el mundo moderno (Algunas consideraciones sobre el papel del Derecho penal)”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, nº12, Universidad de Palma de Mallorca, (1985): 52: “El derecho penal es accesorio, pues protege bienes jurídicos que deben su existencia a valoraciones -por lo menos lógicamente- precedentes y procedentes de otros ámbitos del derecho, como *p.e.* el constitucional. El derecho penal es fragmentario, porque no protege todos los bienes jurídicos y sobre todo no protege un tal bien contra todo tipo de ataque. El derecho penal, finalmente, es la *ultima ratio* de la política social, pues el empleo de sus medios significa lesionar bienes jurídicos normalmente protegidos y este empleo del poder estatal es teórica -principio de proporcionalidad! - y prácticamente efectivo solo cuando es moderado.”

56 Martin Wright. *Justice for Victims and Offenders. A Restorative Response to Crime*. (Unites States of América: Water Side Press, 1991), 18.

En virtud de estas dos notas del Derecho procesal penal moderno, esto es, la consideración del carácter público del daño y el consecuente desplazamiento de la titularidad de la acción procesal penal de la víctima por el Estado, la regulación del ejercicio de la acción procesal penal se orientó, por regla general, como una *obligación* del titular de ella, esto es, como una actividad *oficiosa*, respecto de la cual, sólo por excepción, en algunos casos ese ejercicio obligatorio u oficioso se deja de lado, otorgando relevancia al interés del ofendido respecto de dicho ejercicio.

4.1.2. Acción procesal penal discrecional o regida por el principio de oportunidad.

El «principio de oportunidad», que alude a la potestad de discrecionalidad en el ejercicio de la acción procesal penal por parte de su titular, es una excepción a la regla general representada por el «principio de oficiosidad», conforme al cual dicho ejercicio es obligatorio, respecto de la mayoría de las conductas tipificadas como delitos.⁵⁷

Esta discrecionalidad u oportunidad de la acción procesal penal, que sigue formando parte de las potestades reguladas de la Fiscalía General de la Nación como titular de la pretensión punitiva, funciona entonces como un tamiz de la persecución penal oficiosa u obligatoria, al lado de instituciones como la acusación privada, la querrela o la denuncia obligatoria por el ofendido, las cuales funcionan como límites que condicionan el ejercicio de la acción penal (“condiciones de procedibilidad”), así como la regulación del denominado principio de oportunidad.

En el caso del sistema jurídico colombiano esta facultad de ejercicio discrecional de la acción procesal penal respecto de algunos tipos penales, comprende las modalidades de interrupción, suspensión o renuncia al ejercicio de esta por la Fiscalía General de la Nación como su titular, de conformidad con las causales legalmente previstas en el CPP.⁵⁸

57 Artículo 323. La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.

El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías.

58 Artículo 324. Causales. Modificado por el art. 2, Ley 1312 de 2009, Modificado por el art. 40, Ley 1474 de 2011. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: De las diferentes causales

1. Cuando se tratare de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.

Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior.

2. Cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición a otra potencia.

3. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero, con efectos de cosa juzgada.

4. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

5. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial.

En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio.

6. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción.

7. 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.

8. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

9. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes.

10. En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

11. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de merma significación jurídica y social.

12. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

13. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

14. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas. Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito.

15. Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad.

16. Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad

Esta discrecionalidad cuestiona, al menos parcialmente, el carácter público-social que suele atribuirse en los Estados constitucionales al daño provocado por los ilícitos jurídico penales promoviendo, en los casos en los que procede el principio de oportunidad, una valoración de este daño como primigeniamente privado y, en tal medida, perteneciente al ámbito intersubjetivo constituido por la relación directa de la víctima con el ofensor, concibiendo de este modo al proceso penal como escenario, no de una imposición de la pena sino de la restauración y la reparación de la víctima y sus intereses por el agresor.

Con ello, al menos respecto de aquellos delitos para los que procede su aplicación, el principio de oportunidad deviene en un mecanismo de reconfiguración del proceso penal al servicio directo y primario de los intereses de la víctima y sólo indirecto y secundario de los de la sociedad. Lo anterior vale, sino para todas, para un buen número de las causales reguladas en el artículo 324 del CPP colombiano.

De este modo, la instrumentalización que del conflicto privado existente entre víctima y victimario lleva a cabo el derecho penal, tipificándolo y penalizándolo como conflicto de carácter público, implicando una persecución oficiosa en la mayoría

de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al fondo para Reparación de Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización.

17. Declarado inexecutable por la Corte Constitucional.

18. Cuando el autor o partícipe en los casos de cohecho formulare la respectiva denuncia que da origen a la investigación penal, acompañada de evidencia útil en el juicio, y sirva como testigo de cargo, siempre y cuando repare de manera voluntaria e integral el daño causado.

Los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con las obligaciones en la audiencia de juzgamiento.

El principio de oportunidad se aplicará al servidor público si denunciare primero el delito en las condiciones anotadas.

PARÁGRAFO 1o. En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas.

PARÁGRAFO 2o. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será preferida por el Fiscal General de la Nación o por quien el delegue de manera especial para el efecto.

PARÁGRAFO 3o. No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

PARÁGRAFO 4o. No se aplicará el principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico.

de los casos, se pone en cuestión, posibilitando que la solución de dicho conflicto provenga de un diálogo directo entre las partes del mismo, respecto del cual el Estado cede su control y funge más como un espectador garante de la erradicación de la fuerza y la intimidación por parte del ofensor, para lo cual entra en juego el principio de oportunidad.

5. Justicia restaurativa y principio de oportunidad en el Derecho procesal penal colombiano.

La justicia restaurativa surge en este contexto de morigeración del principio de oficiosidad en razón del principio de oportunidad de la acción procesal penal, como el instrumento que posibilita la transformación del proceso penal en un escenario de resolución de los conflictos penales concebidos, al menos parcialmente, como conflictos de carácter privado y no exclusivamente público, haciéndolo compatible con las exigencias de justicia derivadas de los principios del derecho penal en un Estado constitucional.

En tal sentido, en desarrollo del Acto Legislativo 03 de 2002, la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal -CPP) reguló lo concerniente al régimen procesal penal ordinario colombiano, incursionando en un modelo de sistema procesal penal mixto de tendencia acusatoria, previendo un régimen de la acción procesal penal incluyente de los principios de oficiosidad y de oportunidad.

Esta codificación prevé un procedimiento de justicia restaurativa, con la regulación de sus principios orientadores,⁵⁹ el cual, de conformidad con el Numeral

59 ARTÍCULO 519. REGLAS GENERALES. Los procesos de justicia restaurativa se regirán por los principios generales establecidos en el presente código y en particular por las siguientes reglas:

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.
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.

ARTÍCULO 520. CONDICIONES PARA LA REMISIÓN A LOS PROGRAMAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA.

El fiscal o el juez, para remitir un caso a los programas de justicia restaurativa, deberá:

1. Informar plenamente a las partes de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión.

7º del Artículo 324, hace viable la aplicación del principio de oportunidad por la vía de la «suspensión del procedimiento a prueba»⁶⁰ en el marco de la justicia restaurativa. De las disposiciones en mención surgen consideraciones.

5.1. La inoportunidad del ejercicio de la acción procesal penal: una oportunidad para la justicia restaurativa.

Regular y aplicar el principio de oportunidad de la acción procesal penal es entender que, en ciertos supuestos, dicho ejercicio es “inoportuno”, es decir, que la persecución penal oficiosa carece de sentido en ciertos casos, precisamente aquellos previstos como causales de procedibilidad del principio de oportunidad.

Pero ¿qué es lo que hace inoportuno el ejercicio de la acción procesal penal respecto de un conflicto de relevancia jurídico-penal que admite, de conformidad con las referidas causales legales, ser agenciado a través de un proceso restaurativo⁶¹? Responder a esta cuestión implica adentrarse en las concepciones acerca de la justicia penal que están institucionalizadas en el sistema penal colombiano y su incidencia en la doctrina de la acción procesal penal y su ejercicio.

Al respecto, vale señalar que en el sistema (procesal) penal colombiano está trazada una pluralidad de perspectivas político-criminales⁶² de la justicia penal,

2. Cerciorarse que no se haya coaccionado a la víctima ni al infractor para que participen en procesos restaurativos o acepten resultados restaurativos, ni se los haya inducido a hacerlo por medios desleales.

60 ARTÍCULO 325. SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA. El imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir.

El plan podrá consistir en la mediación con las víctimas, en los casos en que esta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en la forma inmediata o a plazos, en el marco de la justicia restaurativa.

Presentada la solicitud, el fiscal consultará a la víctima y resolverá de inmediato mediante decisión que fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, conforme a los principios de justicia restaurativa establecidos en este código.

Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad.

61 Ivonne Díaz Madrigal. *La mediación en el sistema de justicia penal*, 33: “son procesos restaurativos aquellos en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectados por el delito participen conjuntamente, de forma activa, en la resolución de cuestiones derivadas del delito, con la ayuda de un tercero imparcial que propicia el diálogo entre ellos. Su objetivo es buscar la reparación para la víctima, la reinserción del infractor y el servicio a la comunidad”.

62 Recuérdese que el inciso 2º del artículo 324 establece que “El principio de oportunidad es la facultad

entre ellas la correspondiente al binomio justicia restaurativa-retributiva, orientación conforme a la cual el monismo de la justicia retributiva que, prima facie, suele prevalecer sobre otras visiones de la justicia penal, no debe considerarse una postura válida acerca de las concepciones admisibles de justicia de nuestro sistema penal nacional.

De este modo, en el marco de la aludida pluralidad conceptual de la justicia penal, la admisibilidad que tiene en nuestro sistema penal el modelo restaurativo de justicia, al lado del modelo punitivo-retributivo, provee argumentos para la consideración de la inoportunidad del ejercicio de la acción procesal penal, en razón de la oportunidad de la justicia restaurativa.⁶³

En otros términos, la oportunidad de un margen de justicia restaurativa para el agenciamiento del conflicto hace inoportuno el ejercicio de la acción procesal penal para la ejecución de una perspectiva retributiva o de castigo como consecuencia obligatoria e incluso indefectible del delito.

Lo anterior, en primer lugar, por cuanto la justicia restaurativa posibilita un agenciamiento del conflicto penal que está basado en las víctimas y sus intereses respecto de la reparación de los daños sufridos por ellas con la conducta del ofensor.⁶⁴

constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, *por razones de política criminal ...*" Cursivas agregadas.

63 Sobre esta cuestión se muestra, más que escéptico, en contra, Sancinetti: "Por último, señalo un problema que no es menor [...] y es el hecho de que el fiscal pueda decidir por sí y ante sí, de modo discrecional, si pondrá en marcha la acción penal, si la tirará a la basura o si la venderá al mejor postor. Así obraba el Procureur du Roi en el Ancienrégime, con lo que quiso terminar el pensamiento de la Ilustración ¿Quién controlaría que esa discrecionalidad no sea fuente de corrupción? Su origen ya lo es: quebranta la legalidad del Derecho. El art. 274 del Código Penal conmina con pena —al funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes!. ¿Cómo podría un código procesal anular la obligación de promover la acción penal precisamente del Ministerio Público?

Incluso sobre el más honesto de los fiscales siempre pendería la duda, al menos a los ojos del hombre de la calle —que sufraga su sueldo con el pago de impuestos—, de que si a éste le ha tocado ir a juicio será porque no ha sabido regirse bien en este ámbito "de los negocios", pero que, seguramente, el fiscal —tenía su precio.". Sancinetti, "Avenimiento y mediación", 15.

64 "El espíritu restaurativo se presenta como una bocanada de aire que ha venido en gran medida impulsada y favorecida, con mayor o menor intensidad, por teorías o movimientos, tales como las teorías abolicionistas, los movimientos feministas, los movimientos humanistas, la victimología, así como los movimientos restorative justice y de justicia reconstructiva. Este modelo se asienta en la combinación de la trilogía víctima-infractor-sociedad (o Estado, en suma) para poder alcanzar el equilibrio. Ofrece una respuesta desde las personas, trabajando el reconocimiento del otro, que, obviamente pasa por otorgar la posibilidad al delincuente de responder ante las víctimas, responsabilizándose de la reparación del daño causado. También las víctimas tienen la posibilidad de

Debe aceptarse, en todo caso, que la cuestión de la configuración de la(s) víctima(s) en el discurso de la justicia restaurativa, su rol, su protagonismo, sus intereses de justicia y su reparación no es un asunto exento de debates que carecen de un criterio de certidumbre aún después de décadas de desarrollo de este modelo de justicia.⁶⁵

Estos intereses incluyen reparación moral y no solo patrimonial, reparación que en buena parte de los casos está basada en el recibo de solicitudes de perdón del ofensor hacia la víctima y en actos simbólicos encaminados a la sanación de la condición moral de esta.⁶⁶

reconocer al otro, escuchando su relato." Silvia Barona Vilar, "Mediación y acuerdos reparatorios en la metamorfoseada justicia penal del siglo XXI", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 52, n°155, (2019): 698.

65 Cfr. Al respecto Sandra Walklate, "Justicia restaurativa: ¿terapia y/o reconciliación?", *Revista de victimología*, n°4, Huygens, España, (2016): 86: "[...] es posible afirmar que la justicia restaurativa es elástica, discutida, multidimensional y multifacética y, en ella, es importante entender el proceso por el cual se escucha la voz de la víctima (independientemente de cómo se constituya en víctima). Además, considerado como un objeto fronterizo, resulta debatible, e incluso misterioso, cómo y qué se consigue para la víctima como resultado de su involucración en dichas iniciativas. Al ofrecer una revisión de la capacidad de la justicia restaurativa para atender la reparación emocional de las víctimas, dentro de este enfoque centrado en ellas, Doak (2011a: 442) sugiere que existe escasa evidencia de que lo pueda lograr y observa que «aspectos específicos de bienestar emocional y psicológico se mezclan a menudo en la bibliografía especializada con preguntas más generales sobre los niveles conjuntos de satisfacción». Sin embargo, con este requisito implícito de trabajo emocional se articula un importante hilo conductor para la comunidad de intereses concernida con la justicia restaurativa: la terapia. Por tanto, ¿puede la justicia restaurativa ser terapéutica? ¿Puede la justicia restaurativa ser terapéutica?"

Y, más adelante (*Op. cit.*, pp. 92-93), agrega: "No solamente resulta muy polémica la categorización de quién es víctima tras un contexto de post-conflicto (McEvoy, 2001), también tiene consecuencias políticas y sociales significativas el reconocimiento de la victimidad a cualquier individuo y/o grupo. Lawther (2015) señala las consecuencias de tal etiquetamiento y su politización en sociedades post-conflicto, lo cual podría resultar en otra victimización, al intentar establecer individuos y/o comunidades reconciliadas. Este punto ha sido desarrollado por Alonso y Serrano (2015), en el contexto del papel del Estado en España. Esto se ha expresado de otra manera por Mata (2008) quien sugiere que confrontar el pasado doloroso y avanzar hacia un futuro integrado requiere que se reconozca que el sufrimiento padecido ha sido una pérdida para el conjunto de la sociedad, no sólo para aquellos que lo experimentaron. Esta idea podría permitir un camino en el que aquellos que no comparten una identidad de víctima, ni demandan su reconocimiento como tales, puedan ser incluidos en la lucha por el reconocimiento de injusticias."

66 Cfr. Walklate, "Justicia restaurativa: ¿terapia y/o reconciliación?", 98: "En los procesos de aplicación asociados a la justicia restaurativa, también se pueden crear espacios para la perpetuación de la jerarquía de la victimización, en los que algunas víctimas se hacen visibles, otras se consideran invisibles y se pueden mantener las nociones relacionadas con una víctima «ideal». En esta coyuntura es posible discernir lo que puede llamarse una economía moral del reconocimiento que promueve «buenas» víctimas y abandona a aquellas consideradas «malas».

"[...] los promotores de la justicia restaurativa ostentan un poder formal e informal. Ello puede provocar que la voz de la víctima se silencie o se borre, en lugar de ser reconocida: las «buenas»

No estimar inoportuno el ejercicio de la acción procesal penal propio del modelo retributivo-punitivo, por lo menos en la mayoría de causales de procedencia del principio de oportunidad, conlleva la consideración de los intereses de la víctima como un aspecto secundario a la imposición de la pena, vista en este modelo como fin primordial del derecho penal, haciendo también marginal, de este modo, las posibilidades de incluir la restauración de la víctima dentro del ámbito de este fin primordial.

En segundo lugar, la justicia restaurativa permite desnormativizar el análisis del conflicto penal y sus márgenes de resolución, asignando relevancia a su condición de relación social respecto a la de relación jurídica (ilícito penal). Esta desnormativización, a su vez, dota a la relación jurídico-penal de las posibilidades de una resolución basada en criterios de justicia consensual o no-adversarial, que desvinculan la valoración del conflicto penal del referente normativo de justicia legal y la imposición de la pena como su consecuencia indefectible, proveyéndola de una perspectiva basada en el diálogo y la negociación entre víctima y ofensor.⁶⁷

5.2. Mecanismos procesal-penales de justicia restaurativa. En especial, la mediación restaurativa.

El artículo 521 del CPP establece como mecanismos de justicia restaurativa la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación.⁶⁸ Respecto de la «conciliación», luego de regularla como una condición

víctimas son visibles, las «malas» no lo son. Mientras tanto, las víctimas constituyen su propia política y, como seres humanos y agentes sociales, encuentran su propio camino, trabajando con sus experiencias individuales y colectivas. En ocasiones esto sucede como resultado de los valores ya presentes culturalmente en sus sociedades o, en el caso de formas menos estructuradas y espontáneas, las víctimas pueden encontrar ciertos para dar voz a sus sentimientos. A la luz de este reconocimiento, la conclusión debe ser que la justicia restaurativa necesita a la víctima más que la víctima necesita a la justicia restaurativa.”

67 Cfr. Domingo de la Fuente. *Justicia restaurativa como derecho de las víctimas*, 141: “[...] se suele plantear esta Justicia Restaurativa como contraria a la actual justicia penal identificada con un carácter retributivo, lo que plantea una dicotomía y una necesaria obligación de optar por una u otra justicia. En este sentido, la justicia restaurativa es un complemento a tener en cuenta en el proceso penal. Este trata de esclarecer si el hecho denunciado existió, si el imputado participó activamente en él y con qué grado de responsabilidad. La justicia restaurativa, sin embargo, parte de otra premisa: el reconocimiento voluntario de la existencia del delito por parte de víctima e infractor. Esto es relevante, pues dicho reconocimiento voluntario de la autoría y la responsabilidad es el punto de partida para la gestión del delito, aunque no hay que olvidar que este reconocimiento de la autoría no implica que deban dejarse de valorar cuantas circunstancias concurren para modular la antijuridicidad y la culpabilidad.”

68 Como afirma Margarita Roig Torres., “La justicia restaurativa en el Anteproyecto de Ley de

de procedibilidad de la justicia restaurativa en los delitos querellables, reenvía a lo establecido en la Ley 640 de 2001 (Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones).

Ahora bien, con respecto a la «mediación»,⁶⁹ el CPP la concibe como un instrumento de justicia consensual o negocial,⁷⁰ idóneo para promover programas de justicia restaurativa⁷¹ entre la víctima y su ofensor, consecuencia de los cuales pueden surgir resultados restaurativos⁷² que impliquen la solución negociada o consensual del conflicto penal,⁷³ lo que posibilita desplazar la idea de una aplicación

Enjuiciamiento Criminal como manifestación del principio de oportunidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n°24, Universidad de Granada, España (2022): 5: “Todos ellos tienen en común la búsqueda de respuestas al delito con participación de las partes implicadas y que reporten consecuencias positivas, tanto para la víctima, como para el ofensor, e incluso para la comunidad.”

69 El artículo 523 del CPP la define de la siguiente manera, previendo expresamente los aspectos sobre los cuales puede versar: “Mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, *logren solucionar el conflicto que les enfrenta*.”

La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón.”

70 Cfr. Barona, “Mediación y acuerdos reparatorios en la metamorfósica justicia penal del siglo XXI”, 685: “La incorporación en los ordenamientos jurídicos de la mediación penal, como procedimiento instrumental —no alternativo, sino complementario del proceso penal, a través del cual se puede desarrollar la justicia restaurativa con intervención activa de víctima y victimario para alcanzar los fines preventivo, resocializador y restaurativo del sistema penal— no ofrece duda alguna en la actualidad, si bien es indudable que no es suficiente —aunque es loable— la mera incorporación legal de la institución en los sistemas jurídicos, por cuanto se requiere un cambio de cultura procesal penal, una transformación en el empleo de los instrumentos de tutela por los operadores jurídicos y una metamorfosis en la justicia penal.”

71 Artículo 518 CPP: “Definiciones. Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.

72 Cfr. “Artículo 518 CPP, inc. 2º: Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.”

73 Cfr. CPP “Artículo 526. Efectos de la mediación. La decisión de víctima y victimario de acudir a la mediación tiene efectos vinculantes, en consecuencia, excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral.

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

imperativa de la pena como alternativa indefectible de solución de aquél, desde el punto de vista de la justicia institucional-retributiva, por lo menos para el grupo de delitos que admiten ser intervenidos con mediación restaurativa.⁷⁴

Si bien, como puede advertirse, son varios los mecanismos de justicia restaurativa previstos en la legislación procesal penal colombiana,⁷⁵ la mediación⁷⁶

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

74 “[...] la práctica de la mediación restaurativa evolucionó hacia tres modelos generales: la mediación comunitaria basada en la legalidad, el programa de reconciliación basado en la buena fe entre el ofensor y la víctima (Victim–Offender Reconciliation Program, VORP) y la mediación víctima–ofensor basada en el trabajo social (Victim–Offender Mediation, VOM).” Cfr. McCold. *La historia reciente de la justicia restaurativa*, 11.

75 Cfr. Roig, “La justicia restaurativa en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal como manifestación del principio de oportunidad”, 4: “la mediación es el modelo predominante en los países de la Europa continental, mientras los demás se aplican especialmente en América, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, inspirándose en los modelos de resolución de conflictos de sus comunidades indígenas.”

76 En cuanto a los criterios de procedencia, funcionarios competentes para adelantarla y otros aspectos procesales, el CPP establece:

1. Procedencia:

“Artículo 524. La mediación procede desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y víctima, imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa.

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

2. Procedimiento:

“Artículo 525. Solicitud. La mediación podrá solicitarse por la víctima o por el imputado o acusado ante el fiscal, juez de control de garantías o juez de conocimiento, según el caso, para que el Fiscal General de la Nación, o su delegado para esos efectos, proceda a designar el mediador.

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

4. Políticas y garantías límites de la mediación:

“Artículo 527. Directrices. El Fiscal General de la Nación elaborará un manual que fije las directrices del funcionamiento de la mediación, particularmente en la capacitación y evaluación de los mediadores y las reglas de conducta que regirán el funcionamiento de la mediación y, en general, los programas de justicia restaurativa.

La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.”

5. Participación obligatoria de las víctimas en la mediación:

“Artículo 328. La participación de las víctimas. En la aplicación del principio de oportunidad el fiscal deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos deberá oír a las que se hayan

representa el más importante de ellos,⁷⁷ en razón de sus características.⁷⁸ De un lado, la mediación hace posible el diálogo restaurativo entre víctima y ofensor, permitiendo a éstos gestionar la solución del conflicto a partir de una negociación que les lleve a consensos acerca de los diferentes aspectos que incluya la reparación de los daños a partir del diálogo y la negociación.⁷⁹

hecho presentes en la actuación.”

6. Consecuencias de la aplicación del principio de oportunidad por mediación:

“Artículo 329. Efectos de la aplicación del principio de oportunidad. La decisión que prescinda de la persecución extingue la acción penal respecto del autor o partícipe en cuyo favor se decide, salvo que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias de la aplicación del principio se extenderán a los demás autores o partícipes en la conducta punible, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas.”

- 77 Cfr. Barona, “Mediación y acuerdos reparatorios en la metamorfósica justicia penal del siglo XXI”, 697: “Hemos asistido a una paulatina incorporación de la justicia restaurativa en estas últimas décadas, y con ella, o tras ella, la mediación penal se ha colado en los ordenamientos jurídicos. La mediación penal no es la única manifestación de la justicia restaurativa, pero sí es probablemente la que mayor entidad ha adquirido en los sistemas jurídicos, presentándose como un procedimiento complementario del proceso penal, en el que bajo la dirección de un mediador o un equipo técnico de mediación, con intervención de víctimas y victimarios, y con aplicación de técnicas de escucha activa, comunicación, diálogo, etcétera, se puede dar debido cumplimiento a las tres funciones del derecho penal: la preventiva, la resocializadora y la restaurativa.”
- 78 En todo caso, sobre la diferencia entre mediación y justicia restaurativa, son muy importantes las precisiones que al respecto realiza Zehr. *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, 12-13: “Al igual que los programas de mediación, muchos programas de justicia restaurativa se organizan en torno a la posible realización de un encuentro dirigido entre las víctimas, los ofensores y quizás otros miembros de la comunidad. Sin embargo, a veces la opción de un encuentro no es la más apropiada, o las partes sencillamente no la aceptan. Además, las estrategias restauradoras son importantes incluso cuando el ofensor no ha sido detenido o en los casos en que una de las partes no puede o no quiere participar. Por consiguiente, las prácticas restaurativas no se limitan solo a la realización de un encuentro. Incluso, cabe aclarar que el término “mediación” no describe adecuadamente lo que podría suceder en uno de estos encuentros. En un conflicto o pleito mediado se asume que las partes se encuentran moralmente parejas, es decir, ninguna tiene toda la culpa porque muchas veces todas ellas han contribuido al conflicto y deben compartir las responsabilidades. Aunque es posible que exista este sentido de culpabilidad compartida en algunos casos penales, en muchos otros no es así. Las víctimas de violación, o aun de robo, no quieren verse clasificadas como “litigantes”, es decir, partes moralmente iguales en disputa.”
- 79 Cfr. Roig, “La justicia restaurativa en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal como manifestación del principio de oportunidad”, 5: “La mediación persigue una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente. Para la primera, la participación activa contribuye a su reparación no solo material sino también moral. Su intervención en el proceso actual se limita a relatar los hechos en el juicio oral, sufriendo además las frecuentes suspensiones, recibiendo insuficiente información acerca del desarrollo de la causa, a menos que comparezca como acusación particular, lo que da lugar a la denunciada “victimización secundaria”. El infractor, durante la mediación, percibe los daños causados y esto puede contribuir a su reinserción social. La comunidad se siente partícipe, a través del mediador, favoreciéndose la pacificación social.

La mediación entabla entre las víctimas y el ofensor una relación horizontal a contrapunto de la justicia retributiva en la cual se trata de una relación vertical, dado que la igualdad de las partes de la relación jurídico-procesal penal se predica entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de ella, estando la víctima en una condición de dependencia del acompañamiento que realice el titular de la pretensión punitiva estatal para el agenciamiento y la representación de sus intereses.

Esta horizontalidad de la relación víctima-ofensor promovida por la mediación, tiene como primer momento restaurativo el que restituye a la víctima su condición de parte del conflicto, de protagonista de la situación conflictiva, de titular de los derechos e intereses lesionados o afectados con el delito. La justicia restaurativa que promueve la mediación es dialógica,⁸⁰ surge de la negociación que se da entre la víctima y el ofensor respecto de las alternativas de solución del conflicto generado por el delito, sin ser prioritaria en dicha solución la determinación legal acerca de la pena a imponer, como suele suceder en el modelo retributivo.

Así mismo, hay quienes destacan de la mediación su carácter de instrumento de construcción de ciudadanía y democracia en una especie de rehabilitación de la racionalidad dialógica en las sociedades contemporáneas, caracterizadas por la comunicación indirecta o mediada por tecnologías, con la cual se construye un *ethos* de la relacionalidad que restituye a los sujetos el estatus de agentes transformadores de la cultura y de la política.⁸¹

De este modo, al implicar un proceso de comunicación entre las partes en conflicto, encaminado a su resolución por ellas mismas, facilitado por un mediador,⁸²

Además, se suma el beneficio pragmático que supone la descarga necesaria de la Administración de justicia."

80 Cfr. Roldán Barbero. *La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar*, 128: "Hoy, la mediación es un tema estrella tanto en el derecho como en la criminología. Se la ha llegado a ver como emblema del deseo por la armonía social en un mundo surcado por el conflicto, como símbolo de los ideales de comunicación, solidaridad y reconciliación."

81 "Las ciudades son lugares del diálogo y del conflicto, un espacio con infraestructura «hard» (estructural/tangible) y dinámica «soft» (relacional). Es necesario disponer de una ciudadanía en mayúsculas y la mediación puede ser un factor clave y materia prima para desarrollar el capital social y la inteligencia cooperativa, al servir no solo para la resolución alternativa de conflictos sino también para generar una nueva cultura ciudadana. Para ello la mediación debe vincularse con la complejidad social, coordinar significados, producir innovación, posibilitar la deliberación y generar capacidades y procesos sostenidos". Enrique Pastor Seller. "La mediación como herramienta de intervención social". En *Estado del arte de la mediación*, coord. por Gorjón Gómez y López Pelaéz, (España: Aranzadi/Thompson Reuters, 2013), 101.

82 Cfr. Pastor Seller, "La mediación como herramienta de intervención social", 111: "[...] el mediador desempeña el rol de facilitador de la comunicación entre las partes y no es árbitro ni juez, ya que

la mediación se configura en mecanismo de realización de la cultura de paz, en tanto contribuye al relacionamiento no violento entre aquellas, llegando incluso a facilitar su reconciliación, precavando relaciones violentas de estas con respecto a otras personas hacia el futuro, es decir, fomenta los lazos sociales con alteridad y empatía.⁸³

5.3. Justicia restaurativa y transformación positiva del conflicto penal.

La justicia restaurativa puede ser considerada un instrumento para la transformación positiva de los conflictos⁸⁴, incluyendo el jurídico-penal (no sin algunas críticas),⁸⁵ especialmente desde tres aspectos: la consideración del delito como una infracción relacional más que normativa,⁸⁶ un modelo dialógico de gestión

no es él quien resuelve en definitiva, sino que lo hacen las partes mismas. Los mediadores son los defensores de un proceso equitativo y no de un determinado resultado, carecen de poder de decisión autorizado, esto es lo que los distingue, básicamente, del juez o del árbitro. Para GROVER, GROSCH y OLCZAK (1996), cuando la comunicación entre las partes se vuelve tensa o inexistente, aumenta la intensidad del conflicto, por ello el mediador busca mejorar la capacidad de las partes para comunicarse y explorar actitudes y posiciones mutuas."

- 83 "Los Métodos Alternos de Solución de Conflictos (MASC) tienen un papel importante en la sociedad porque son promotores de la paz social, llevando los conflictos a niveles de reparación del daño y en algunos casos al perdón, lo que subsana el tejido social y permite que la población tenga acceso a la justicia con rapidez, flexibilidad y menos costo." Francisco Gorjón Gómez y Karla Sáenz López, "Los intangibles de la mediación". En *Estado del arte de la mediación*, coord. por Francisco Gorjón Gómez y Antonio López Peláez (España: Aranzadi/Thompson Reuters, 2013), 147.
- 84 El punto de partida para esta interrelación entre justicia restaurativa y transformación positiva de conflictos lo enuncia Howard Zehr, "Doing Justice, Healing Trauma: The Role of Restorative Justice in Peacebuilding", *Peace Prints: South Asian Journal of Peacebuilding* 1, n° 1, Wiscomp, India, (2008): 6: "Al centrarse en las relaciones interpersonales, en las necesidades humanas y en los procesos de colaboración para la resolución de problemas, la justicia restaurativa podría considerarse un enfoque de la justicia basado en la pacificación o en la resolución de conflictos" (traducción libre).
- 85 Desde la perspectiva de algunos autores, la implementación de prácticas restaurativas eficaces corre el riesgo de no lograr ser algo más que un castigo encubierto: "Blood and Thorsbone afirman que sin un cambio de mentalidad, de posición y de sistema, las prácticas restaurativas pueden ser como castigos encubiertos [...] durante nuestra experiencia hemos visto algunas escuelas que afirmaban haber incorporado el modelo restaurativo pero una mirada detallada delataba que su práctica restaurativa era un castigo encubierto" Mónica Alberti I Cortés y María Carme Boqué I Torremorell, "Hacia una pedagogía restaurativa: superación del modelo punitivo en el ámbito escolar", *Revista de Mediación* 8, n°1, Imotiva/Universidad Nebrija/Instituto de Psicología de Madrid, España, (2015): 37.
- 86 Mónica Alberti I Cortés y María Carme Boqué I Torremorell, "Hacia una pedagogía restaurativa: superación del modelo punitivo en el ámbito escolar", 37: "La publicación del libro *Changing Lense* (Zehr, 1990) supone la primera concreción teórica de la justicia restaurativa que describe el delito como una violación de las relaciones y no de la norma, poniendo énfasis en la reparación del daño y de

de los conflictos con participación de la comunidad de la cual surge una decisión colectiva sobre el conflicto,⁸⁷ sin injerencia del juez y, finalmente, su orientación a los intereses de la víctima.⁸⁸

Este modelo restaurativo comienza incluso con una reelaboración conceptual del conflicto, de la forma en que solemos construir y utilizar el concepto, que tiene una connotación bélica que puede sobrecargar de prejuicios la posibilidad de auscultar alternativas al modelo punitivo retributivo como opción exclusiva o privilegiada de justicia penal. De este modo, tiene sentido que el conflicto sea comprendido desde

las relaciones, en lugar de centrarse en la culpa y el castigo (Wright, 1999).” También Gabriel Fava, “La importancia de la justicia restaurativa en las tendencias actuales del derecho procesal penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año IX, No. 02, La Ley/Thomson-Reuters, Argentina, (Marzo de 2019): 233: La justicia restaurativa “[...] se encamina hacia la reparación del daño causado, pero siempre desde la perspectiva de restablecer el lazo comunicacional que se ha roto y restaurar la paz social”.

- 87 En consonancia con una perspectiva de la justicia restaurativa basada en la ética dialógica, en el valor moral de los derechos humanos, la paz y la armonía sociales: “Los mínimos morales son los derechos humanos, los valores guía y la actitud dialógica; son mínimos porque existe un consenso sobre los cuales todas las personas están de acuerdo y que permiten lograr una auténtica convivencia, por ello están referidos a la justicia. De este modo, los mínimos morales son exigibles, ya que atienden a las necesidades y porque existe un consenso en el que se ha acordado como mínimo para lograr la justicia. Con relación a los valores guía, y dado que la sociedad es “axiológicamente pluralista”, se hace imprescindible el consenso; es en sociedad donde se acuerdan los valores que deberán reconocerse para todos los integrantes del conglomerado social, teniendo como instrumento el diálogo y como límite el bien común. La actitud dialógica es otro de los mínimos morales, imprescindible para la resolución de conflictos; cuando el diálogo es utilizado propicia el reconocimiento de las demás personas, como seres autónomos, propiciando condiciones de tolerancia, preocupación activa, respeto y solidaridad.

[...] la justicia restaurativa conserva sus raíces en la comunidad, por lo que su base ética es la del consenso. Para la construcción de una sociedad más justa es necesaria la existencia de los mínimos morales ya mencionados, los cuales son compartidos por quienes integran la comunidad en virtud de haber alcanzado cierta conciencia social, la cual les permite combatir las injusticias cotidianas, así como exigir el reconocimiento a los derechos humanos y la dignidad. Es por ello que para identificar la justicia es indispensable la alteridad, por lo que se reconoce la importancia del diálogo y se enfatiza la cooperación en aquello que resulta común en aras de mejorar la sociedad, porque así se genera capital social, siempre en un marco de ejercicio de la libertad y de respeto a los derechos humanos.”

Cfr. González Torres, “Justicia restaurativa: una mirada a las necesidades de la víctima, la parte ofensora y la comunidad”, 105.

- 88 Mar Jimeno, “¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española”, *Diario La Ley*, Año XXXVI, n°8624, (Octubre de 2015): 3: “Desde esta particular perspectiva penal y criminológica, la justicia penal a través del proceso no se erige como paradigma de satisfacción tampoco para la víctima; así se afirma desde el punto y hora que la misma es entendida como una justicia retributiva y represiva, cuya consecuencia en última instancia es la condena e ingreso en prisión del delincuente sin haber buscado la mediación-conciliación entre ambos y, en suma, la reparación efectiva del daño derivado del hecho delictivo”.

perspectivas no-bélicas sino de su capacidad de transformación social positiva.⁸⁹

Con ello se desplaza la prevalencia que tiene el modelo punitivo propio de la justicia retributiva que, orientado generalmente hacia la perspectiva del ofensor⁹⁰ en su condición de destinatario de la pena, a partir de la noción de infracción a la

89 Cfr. Jean Paul Lederach. *Enredos, pleitos y problemas. Una guía práctica para ayudar a resolver conflictos*. (Colombia: Ediciones Clara-Semilla, 1996), 20-21: "'Parece', dije, 'que los porteños no acostumbran decir la palabra conflicto'. 'Ah, no', me respondió la joven. 'Es que aquí no tenemos conflictos. En Nicaragua sí tienen conflictos. Aquí sólo tenemos chismes, pleitos, enredos, y uno que otro bochinche por allí'. Y tenía razón, Conflicto es una palabra de académicos, no de la calle. A nivel popular, un conflicto es una confrontación bélica. Esto no quiere decir que no haya conflictos a otros niveles. Lo que significa es precisamente lo que señalaba la joven: a nivel popular hay todo un vocabulario que se ha desarrollado para hablar del fenómeno de conflictividad humana. Desde hace tiempo he venido 'coleccionando' palabras, dichos y frases populares, que son sinónimos del concepto, 'conflicto', y tan sólo en los varios países centroamericanos he encontrado más de doscientas. Este vocabulario representa todo un recurso y una fuente de conocimiento implícito acerca del conflicto.

Y, más adelante, agrega (Cfr. Lederach, Jean Paul, *Enredos, pleitos y problemas*, 22-23): "Veamos la palabra 'enredo'. Para mí, este es el término que mejor describe la conceptualización popular del conflicto. Primero, un enredo nos da la imagen de una situación confusa, embrollada e intrigante. Así es como a menudo experimentamos el conflicto, porque metidos en un pleito nos sentimos confundidos. Segundo, la imagen literal e histórica es la de una red de pescadores. Si alguna vez hemos visto trabajar a un pescador, tendremos la imagen de manos pacientes, de hilos y nudos enredados, y del trabajo de atar y desatar, y de volver a atar. El enredo tiene que desenredarse cuidadosamente. No obstante, cuando por fin el pescador logra deshacer el enredo, su red queda anulada y entrelazada. Y así es la tarea de transformar constructivamente los pleitos. El enredo, como imagen, describe muy bien la dinámica del conflicto en muchas familias y barrios de Centroamérica. La 'red' es también un término que describe el conjunto de relaciones de amistad y familiares que se tienen, que algunas veces sirven de apoyo y otras veces de tropiezo. Esta red es lo que solemos llamar 'mi gente'. Es en el contexto de nuestras redes sociales, en medio de nuestra 'gente', donde se desarrollan muchos de los pleitos y problemas. El pleito representa una ruptura en la red. Arreglarla significa volver a atarla de nuevo, para que quede atada y completa. Cuando nos sentimos que estamos en un problema, buscamos salir del mismo. Paradójicamente, a nivel popular, la 'salida' depende de una 'entrada'. Por eso decimos, 'hay que buscar cómo entrar leal problema, y cómo entrarle a la persona.' 'Entrarle' implica el analizar y comprender bien la situación, a fin de solucionarla"

90 Zehr. *El pequeño libro de la justicia restaurativa.*, 22: "el proceso de justicia penal y la experiencia en prisión tan sólo exacerban la alienación social percibida por el ofensor. Por diversas razones, el proceso legal tiende a desmotivar la responsabilidad y la empatía por parte de los ofensores. La justicia restaurativa nos ha sensibilizado acerca de las limitaciones y las consecuencias negativas del castigo. Aún más, ha sostenido que el hecho de sufrir un castigo no implica una responsabilidad activa real. Esta responsabilidad activa requiere que el ofensor reconozca el mal que ha causado. Implica, además, motivarle para que comprenda el impacto de sus acciones (los daños ocasionados) e instarle a dar pasos concretos para reparar los daños en la medida de lo posible. Esta responsabilidad activa, según se afirma, es mejor para las víctimas, para la sociedad y para los ofensores."

norma penal,⁹¹ se centra en la imposición de esta y sus consecuencias accesorias,⁹² abandonando la visión residual que en este modelo se tiene de las víctimas y del significado que su voz y sus opiniones tienen para la idea de justicia.⁹³

La transformación positiva de los conflictos parte del supuesto de concebir estos como una oportunidad de cambio, interviniendo las relaciones conflictivas desde el redimensionamiento de las actitudes de los sujetos que las integran, en sede del respeto mutuo, el reconocimiento de la relevancia de sus intereses y necesidades para la resolución de las diferencias, partiendo de una perspectiva del derecho y la justicia construida desde la cooperación social pacífica en lugar de la confrontación violenta.⁹⁴

91 Margarita Roig Torres, "Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito", *Estudios Penales y Criminológicos*, n°22, Universidad de Santiago de Compostela, España, (1999-2000): 292: "Es patente que la actitud positiva del ofensor respecto al ordenamiento jurídico prima (...) sobre la satisfacción de los perjudicados. Desde el punto de vista preventivo general, se considera que esa conducta favorable del infractor puede bastar en algunos casos para restablecer la paz social; desde el prisma preventivo especial el esfuerzo del culpable por restablecer la situación alterada puede contribuir a su resocialización."

92 Cfr. Barona, "Mediación y acuerdos reparatorios en la metamorfoseada justicia penal del siglo XXI", 689: "Durante siglos, la justicia penal fue polarizada unilateralmente en torno a la noción de castigo, y el proceso se convirtió en un monólogo basado en el interrogatorio del imputado, de la víctima y de los testigos. Todo orientado unidireccionalmente al castigo del culpable y al mantenimiento de las normas, sirviendo de intimidación al culpable y al resto de potenciales candidatos al delito, ofreciendo, como señala Ríos Martín, (2008): 20, una manera de calmar la sed de retribución".

93 Cfr. Zehr, *Cambiando de lente*, 29: "El crimen puede alterar nuestro sentido de significado, una necesidad humana básica. Consecuentemente el camino a la recuperación incluye la búsqueda de significado. Con el fin de recuperar significado, las víctimas deben responder a las seis preguntas descritas anteriormente. Para las víctimas del crimen, la necesidad de justicia es la más básica porque, de acuerdo a lo que ha observado el filósofo e historiador Michael Ignatieff, la justicia provee un marco de significados que da sentido a la experiencia." Todo esto me lleva a varias observaciones. Primero, la victimización puede ser una experiencia altamente traumática. Es así porque es una violación de algo muy básico: nuestra visión de nosotros mismos como individuos autónomos en un mundo con significado. Es también el quebrantamiento de la confianza en nuestras relaciones con otros.

Segundo, la victimización a menudo se experimenta, no solo para crímenes violentos tales como el asesinato y la violación, los cuales serían calificados como graves por la mayoría de nosotros, sino que también para crímenes como el abuso doméstico, robo, vandalismo y robo de auto—ofensas que la sociedad a menudo trata como menores.

Tercero, surgen patrones de respuesta comunes en las víctimas, tomando en consideración variaciones de personalidad, situación y ofensa. Ciertos sentimientos tales como el miedo y la ira son casi universales y muchas víctimas parecen pasar por etapas específicas de adaptación.

Finalmente, ser victimizado por otra persona genera una serie de necesidades, las cuales, si se satisfacen, pueden asistir al proceso de recuperación. Para la víctima que no recibe atención, sin embargo, la sanación puede ser muy difícil e incompleta."

94 "El derecho es una empresa esencialmente cooperativa —aun en un régimen jurídico autoritario—

De este modo es posible identificar, entonces, dos visiones del conflicto: la destructiva y la constructiva. Desde la primera el conflicto será visto como algo negativo, amenazante o destructivo que sólo puede ser resuelto a través de la violencia y la confrontación. Desde la segunda el conflicto es concebido con un potencial transformador de la relación en que se suscita, promoviendo que esta sea positiva y creativa, favorable a una modificación del estado de cosas negativo que afecta a los sujetos de la relación.

Esta concepción cooperativa de la transformación de los conflictos le otorga importancia a la comunicación y a la negociación constructivas entre los integrantes de la relación conflictual, entre ofensores y víctimas que, desde esta concepción, pasan a ser sujetos activos de la justicia del caso y no meros destinatarios de la decisión adoptada por un tercero que no es un facilitador de su diálogo transformador sino uno decisor, imparcial y neutral, que es el juez, pero juez en fin de cuentas, esto es, un sujeto sobre el cual recae el deber estatal de resolver, desde la legalidad y no de los intereses de las partes, especialmente de la víctima, el conflicto.

Desde una concepción constructiva o positiva de la transformación de los conflictos se considera que la resolución de estos es el producto de un diálogo intersubjetivo del cual surgen soluciones constructivas, que dejan de lado el recurso a la violencia. Es por ello que la justicia restaurativa favorece la transformación positiva del conflicto penal del delito que se origina entre ofensores y víctimas, al fomentar posibilidades de solución alternativas a la del castigo retributivo, propia del sistema penal estatal, que se adentran en la restauración moral y patrimonial de las víctimas y la comunidad, y en la refrendación de la dignidad humana del ofensor que puede restablecer su relación con aquellas sin tener que ser instrumentalizado sistémicamente, a los fines de retribución, prevención e incluso resocialización, mediante la ejecución de la pena de prisión.

Un abordaje restaurativo mediado por la perspectiva de transformación positiva del conflicto penal permite, además, la humanización de los sujetos de la relación conflictiva mediante la transformación de los sentimientos negativos propios del conflicto destructivamente pensado, en sentimientos positivos acordes con una visión constructiva de este: cuidado en lugar de herida, confianza en lugar de temor,

puesto que no puede lograrse efecto jurídico sin la colaboración de otros. Por lo tanto, toda acción política es una acción jurídica en el sentido de que debe tomar en cuenta las acciones, reacciones, actitudes, expectativas de otros, en la medida que ellas tengan a su vez poder para determinar nuevas acciones, reacciones, actitudes y expectativas (sobre todo en cuanto ellas incidan en el manejo del aparato coactivo). Carlos Nino. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*. (España: Ariel, 1994), 147.

atención o importancia en lugar de ignorancia, verdad en lugar de engaño, aceptación del otro en lugar de su enjuiciamiento.

Así, las posibilidades de superación del conflicto penal por las propias partes, como consecuencia del uso del enfoque de transformación positiva de conflictos, remozan las potencialidades restaurativas de la solución constructiva que se efectúa en cada caso: diálogo de víctimas y ofensores generador de alteridad y empatía como reconocimiento mutuo del otro, erradicación de las diferentes formas de violencia como obstáculos a la armonía social, desarrollo de una cultura de paz traducida en la convivencia ciudadana con respeto recíproco, equidad y la diversidad subjetiva, cultural y territorial.

Esta proyección u orientación de la resolución de los conflictos hacia su transformación positiva, en tanto presupone, respecto de las posibles actitudes frente al conflicto, adoptar una lógica negocial, consensual o cooperativa, abre el espacio a la justicia restaurativa como alternativa válida de justicia penal en el Estado constitucional, cuyos fines son compatibles con, o realizables a través de, aquella: la equidad, la convivencia armónica, el acceso a la justicia con restablecimiento de derechos para las víctimas, con observancia de una perspectiva humanizadora del derecho penal para el ofensor, con respeto a la dignidad humana de víctimas y ofensores, con diálogo entre víctimas, ofensores y comunidad asumido como comunicación entre iguales ante el derecho.

6. Conclusiones.

Las políticas públicas de justicia en el Estado constitucional, en especial de la justicia penal, deben estructurarse incluyendo alternativas al paradigma retributivo-punitivo, como la representada por la justicia restaurativa y el paradigma de justicia consensual que a ella subyace.

Una fundamentación de los métodos alternativos de solución de conflictos basada en la concepción de la justicia consensual autocompositiva deriva en que esta alternatividad no debe consistir en una residualidad de la justicia restaurativa con respecto a la retributiva, al punto de concebirla, como tiende a hacerse, como un instrumento de descongestión de la justicia institucional heterocompositiva, sino como una alternativa válida y ante todo equivalente de acceso a la justicia para las víctimas de los delitos y para el ofensor como infractor de la ley, sujetos cuya única opción no debe ser el castigo derivado de la imposición de la pena de prisión.

La regulación de los principios de oficiosidad y discrecionalidad de la acción procesal penal tiene una relación directa con las concepciones de la justicia penal, en

el sentido de plantear la validez de que concurran como alternativas compatibles de esta justicia tanto la concepción retributiva como restaurativa, bajo la regla de que la regulación del principio de oficiosidad de la acción procesal penal corresponde a la concepción retributiva de dicha justicia, mientras que la del principio de oportunidad es expresión de la justicia restaurativa de modo que los sistemas penales puedan ampliar el alcance de la última y limitar el de la primera.

En el camino de consolidar la justicia restaurativa como mecanismo de solución del conflicto penal es de gran importancia reevaluar instituciones como el principio de oficiosidad y su regulación como regla general de la regulación de la acción procesal penal y, en contraste, dar mayor alcance al principio de oportunidad de esta acción, bajo la perspectiva de reconocer la relevancia de los derechos e intereses de las víctimas en dicha solución, ponderándolos en lo posible a través de procesos de mediación que permitan un mayor alcance de los principios de la justicia restaurativa.

En tanto la justicia restaurativa se fundamenta en los derechos e intereses de las víctimas, en la relación entre estas y el ofensor y en la relación entre ambas partes del conflicto y la comunidad, con miras a la restauración del tejido social, esta justicia puede ser un mecanismo idóneo para la transformación positiva de los conflictos y, a través de esta, de la justicia penal y su concepción tradicional como justicia preponderantemente punitivo-retributiva. De este modo, sería posible trazar la senda de una sociedad y un Estado constitucional que pueda entablar una solución de continuidad entre justicia penal y castigo para dar paso a la relación entre justicia y reparación de las víctimas.

Bibliografía

- Albertí I Cortés, Mónica y Boqué I Torremorell, María Carme. “Hacia una pedagogía restaurativa: superación del modelo punitivo en el ámbito escolar”. *Revista de Mediación* 8, n°1, Imotiva/Universidad Nebrija/Instituto de Psicología de Madrid, España, (2015): 36-49.
- Alcácer Guirao, Rafael. “Facticidad y normatividad: Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho Penal”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, BOE, España, (1999): 177-226.
- Alpaca, Alfredo. “Sobre la imposición de la pena como retribución”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 21-22, Universidad de Granada, España (2020): 43.
- Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. Hammurabi: Argentina, 1999.

- Baratta, Alessandro. *Principios de derecho penal mínimo. (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)*. Traducción de Beatriz Lenzi. En *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*. Argentina: Editorial B de F, 2004.
- Barbosa Castillo, Gerardo. "Principio de legalidad y proceso penal". *Derecho Penal y Criminología* 26, n° 78, Universidad Externado de Colombia, Colombia (2005): 116.
- Barona Vilar, Silvia. "Mediación y acuerdos reparatorios en la metamorfósica justicia penal del siglo XXI". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 52, n°155, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México (2019): 685-720.
- Barry, Brian. *Teorías de la justicia*. Traducción de Cecilia Hidalgo con la colaboración de Clara Lourido. España: Gedisa, 2001.
- Binder, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Argentina: Ad Hoc, 1999.
— *Derecho Procesal Penal* (et. al). República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura, 2006.
- Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. España: Trotta, 2006.
- Carlen, Pat. "Contra la rehabilitación: en defensa de una justicia restaurativa". Traducción de Aida Pérez Cruz con revisión de Iñaki Rivera Beiras. *Revista Crítica Penal y Poder*, n°9, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona, España (Septiembre de 2015): 91-101.
- Carnelutti, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Argentina: Biblioteca Jurídica Argentina, 1994.
- Clariá Olmedo, Jorge. *Derecho procesal penal*. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 1988.
- Cortés, Ana María. "La justicia restaurativa y el fin de prevención especial de la pena". *Cuadernos de Derecho Penal*, n° 3, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba/ Instituto de Ciencias Penales, Argentina (2017): 51-66.
- Christie, Nils. "Las imágenes del hombre en el derecho penal moderno". En *Abolicionismo Penal*. Argentina: EDIAR, 1989.
- Cortés, Ana María. "La justicia restaurativa y el fin de prevención especial de la pena". *Cuadernos de Derecho Penal*, n° 3, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba/Instituto de Ciencias Penales, Argentina (2017): 51-66
- Díaz Madrigal, Ivonne. *La mediación en el sistema de justicia penal: Justicia*

restaurativa en México y España. México: UNAM, 2013.

Domingo de la Fuente, Virginia. "Justicia restaurativa y mediación penal". *Revista de Derecho Penal*, n° 23, LEX NOVA, España (2008): 33-68.

— "Justicia restaurativa como ciencia penal o social, encaminada a mejorar la justicia". *Educación Social: Revista de Intervención Socioeducativa*, n° 67, Facultat d'Educació Social i Treball Social Pere Tarrés, España (2017): 71-88.

— "Justicia restaurativa como derecho de las víctimas". *Revista Jurídica de Castilla y León*, n°41, Junta de Castilla y León, España (2017): 130-153.

Echano Basaldúa, Juan Ignacio. "¿Hay lugar para el perdón en el Derecho penal?". En *Estudios jurídicos en Memoria de José María Lidón*, España: Universidad de Deusto, 2002.

Escobar Córdoba, Federico. "La justicia restaurativa y las teorías de la justicia". *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n°31, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colombia (Abril de 2006): 147-170.

Fava, Gabriel. "La importancia de la justicia restaurativa en las tendencias actuales del derecho procesal penal". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año IX, n° 02, La Ley/Thomson-Reuters, Argentina (Marzo de 2019): 233-240.

Gimeno Sendra, Vicente. *Manual de derecho procesal penal*. España: Colex, 2010.

González Ramírez, Isabel. "¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?". *Revista de Justicia Restaurativa*, n° 2, Sociedad Científica de Justicia Restaurativa, España (2012): 36.

González Torres, Mónica. "Justicia restaurativa: una mirada a las necesidades de la víctima, la parte ofensora y la comunidad". *Ciencia Jurídica*, Año 8, n° 15, Universidad de Guanajuato, México (2019): 93-108.

Gorjón Gómez, Gabriel coord. *Tratado de justicia restaurativa. Un enfoque integrador*. México: Tirant lo Blanch, 2016.

Gorjón Gómez, Francisco y Rodríguez Rodríguez, María Elizabeth. "La justicia restaurativa como vía de pacificación social". En *Tratado de justicia restaurativa. Un enfoque integrador*, coordinado por Francisco Gorjón Gómez. México: Tirant lo Blanch, 2016, 43-56.

Gorjón Gómez, Francisco y López Peláez, Antonio coord. *Estado del arte de la mediación*. España: Aranzadi/Thompson Reuters, 2013.

Greco, Luis. "¿Penalista con conciencia tranquila? Una crítica a la teoría de la pena basada en la víctima", en *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Dirigido por Javier De Vicente Remesal et. Al.,

- Vol. I. España: Reus, 2020, 186-197.
- Jakobs, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano. España: Marcial Pons, 1997.
- Jimeno Bulnes, Mar. "¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española". *Diario La Ley*, Año XXXVI, n°8624, (Octubre de 2015): 16.
- Lederach, John Paul. *Enredos, pleitos y problemas. Una guía práctica para ayudar a resolver conflictos*. Colombia: Ediciones Clara-Semilla, 1996.
- Maier, Julio. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Argentina: Hammurabi, 1989.
- Marcón, Osvaldo Agustín. "Justicia restaurativa: la ajenidad jurídica como encrucijada", *Revista Pensamiento Penal*, n° 391, Asociación Pensamiento Penal, Argentina, (junio de 2021): 4.
- McCold, Paul. "La historia reciente de la justicia restaurativa. Mediación, círculos y conferencias" traducción de Jose Dym. *Delito y Sociedad 2*, n° 36, Universidad Nacional del Litoral, Argentina (2013): 9-44.
- Mendaña, Ricardo J. "Ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad". *Pensamiento Penal*, n° 1, Asociación Pensamiento Penal, Argentina (Mayo de 2007): 10. «<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/33130-ejercicio-accion-penal-y-principio-oportunidad>»
- Mera González-Ballesteros, Alejandra. "Justicia restaurativa y proceso penal: garantías procesales: límites y posibilidades". *Ius et Praxis* 15, n° 2, Universidad de Talca, Chile, (2009): 165-195.
- Nino, Carlos Santiago. "Justicia". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, España (1993): 61-74.
- Derecho, moral y política. Una revisión en la teoría general del derecho*. España: Ariel, 1994.
- Pastor Seller, Enrique. "La mediación como herramienta de intervención social". En *Estado del arte de la mediación*, coordinado por Gorjón Gómez, Francisco y López Peláez, Antonio. España: Aranzadi/Thompson Reuters, 2013, 99-123.
- Pemberton, Anthony; Aalter, Pauline y Mulder, Eva. "Beyond retribution, restoration and procedural justice: the Big Two of communion and agency in victims' perspectives on justice". *Psychology, Crime & Law* 23, n° 7, Taylor & Francis, Reino Unido (2017): 682-698.
- Roig Torres, Margarita. "Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito". *Estudios Penales y Criminológicos*, n° 22,

- Universidad de Santiago de Compostela, España (1999-2000): 153-308.
- "La justicia restaurativa en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal como manifestación del principio de oportunidad". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n°24, Universidad de Granada, España (2022): 1-30. <http://criminnet.ugr.es/recpc/24/recpc24-09.pdf>
- Roldán Barbero, Horacio. "La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar". *Revista penal*, n° 11, Tirant lo Blanch, España (2003): 118-137.
- Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I*, traducción de Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. España: Civitas, 1997.
- *Derecho procesal penal*, traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Argentina: Editores del Puerto, 2001.
- Sampedro Arrubla, Julio. "Una reflexión victimológica en torno al sistema penal". *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, n°6, Legis, Colombia, (2004): 31-60.
- "La justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas, en la solución al conflicto penal". *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n°17, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, (2010): 87-124.
- Sancinetti, Marcelo. "Avenimiento y mediación: ¿la pena como "objeto de negocios jurídicos"?. *Pensamiento Penal*, (Febrero de 2014): 27.
- Schöne, Wolfgang. "La protección del hombre en el mundo moderno (Algunas consideraciones sobre el papel del Derecho penal)". *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, n°12, Universidad de Palma de Mallorca (1985): 51-74
- Soletto Muñoz, Helena. *Justicia restaurativa para la mejor reparación a la víctima, en Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, dirigido por Soletto Muñoz, Helena y Carrascosa Miguel, Ana. España: Tirant lo Blanch. 2019, 491-520.
- Tamarit Sumalla, Josep María. "El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012". *Ars Iuris Salmanticensis* 1, Universidad de Salamanca, España (Junio de 2013): 139-160.
- Vásquez Rossi, Jorge E. *Derecho procesal penal. Tomo I. Conceptos fundamentales*. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 1995
- Viano, Emilio C. "La justicia restauradora: una nueva perspectiva en derecho penal, victimología y criminología". *Revista Derechos Humanos y Transformacion de Conflictos* 1, Universidad del Sagrado Corazón, Puerto Rico (2009): 23.
- Walklate, Sandra. "Justicia restaurativa: ¿terapia y/o reconciliación?". *Revista de*

- victimología*, n° 4, Huygens, España (2016): 83-104.
- Wright, Martin. *Justice for Victims and Offenders. A Restorative Response to Crime*. Unites States of América: Water Side Press, 1991.
- Zehr, Howard. "Doing Justice, Healing Trauma: The Role of Restorative Justice in Peacebuilding". *Peace Prints: South Asian Journal of Peacebuilding Peace Prints* 1, n° 1, Wiscomp, India (2008): 16.
- *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Estados Unidos de América: Ed. Good Books, 2010.
- *Cambiando de lente. Un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*, traducción de la 3ª ed. de Cristián D. Quezada, José Sánchez Ibarra, Sylvia Whitney Beitzel y Vernon E. Jantzi. Estados Unidos: Herald Press/Eanstern Mennonite University/Mennonite Historical Joel, 2012.