

La reparación: un rostro diferente en el derecho penal juvenil. Referencia al caso colombiano

Prof. Dra. Lina Mariola Díaz Cortés*

RESUMEN

La especial naturaleza del Derecho Penal Juvenil, ha estado marcada por la discusión sobre las medidas a aplicar y procedimientos a seguir. En dicho debate, temas como el interés superior del niño y la discusión sobre la preponderancia de la prevención especial y la general, han sido ampliamente discutidos por la doctrina. Vinculado con lo anterior, aparecen conceptos como la reparación, el cual resulta de difícil interpretación tomando en cuenta las múltiples aristas que su definición involucra. En el actual Código de la Infancia y la Adolescencia - Ley 1098 de 2006- la conciliación y la reparación del daño aparecen como causa de la extinción penal. En el análisis de las disposiciones que la regulan podemos inferir que la reparación es incorporada en una relación con la compensación autor-víctima, en la cual conceptos como mediación, regulación del conflicto, conciliación y reparación son vinculados como una estrategia de desjudicialización.

* Doctora en Derecho Universidad de Salamanca. Profesora, Ciencias de la seguridad (CISE), Universidad de Salamanca. Email: ldiaz@usal.es.

ABSTRACT

The special nature of the Youth Criminal Law, has been marked by discussions on the measures to implement and procedures to follow. In that debate, issues such as the child's best interest and considerations on the preponderance of special prevention and overall prevention have been widely discussed by the doctrine. Linked with the above, appear concepts as repair, which is difficult to interpret bearing in mind the many edges that involves its definition. At the present Code on Childhood and Adolescence – Act 1098 of 2006 - the reconciliation and reparation for the damage end the criminal process. From the analysis of its regulation we can infer that the repair is incorporated into a relationship with the perpetrator-victim compensation, in which concepts such as mediation, regulation of conflict, reconciliation and redress are linked as a strategy of non-judicialization.

PALABRAS CLAVE

Reparación, conciliación, mediación, víctima, responsabilidad penal juvenil, diversion, principio de oportunidad, preponderancia de la prevención especial sobre la general, principio del interés superior del niño.

SUMARIO

A. Consideraciones generales; B. Reparación y derecho penal; C. La reparación y la responsabilidad penal juvenil.

A. Consideraciones generales

Con la expedición del nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia en Colombia, mediante la Ley 1098 de 2006, se ha puesto sobre la mesa la discusión de unos de los temas más apasionantes del Derecho Penal: la responsabilidad penal de los menores. A pesar de que países del viejo y nuevo continente¹, ya habían experimentado cambios esenciales en torno a este tema, en nuestro país comienza un debate que escasamente había sido planteado por parte de la doctrina y por pronunciamientos de nuestras

¹ A título de ejemplo en España la LO 5/2000, y en Chile Ley 20.084 de 2005.

altas cortes². De esta manera, el tema está servido para que comience la discusión.

Son múltiples e interesantes los aspectos que se pueden abordar sobre la responsabilidad penal juvenil. El cuestionamiento sobre su culpabilidad, las consecuencias jurídicas a aplicar y aspectos político-criminales sobre la “*aparente generosidad*” del modelo de responsabilidad, son sólo algunos de los puntos sobre los cuales la doctrina ha puesto su interés³.

En este trabajo me referiré a un tema que pese a su ficticia facilidad, derivada de la limitada percepción sobre su naturaleza, al momento de estudiarlo tiene todo un complejo entramado que combina discusiones dogmáticas, criminológicas y procesales. Tal vez por esto, no resulta fácil su estudio y entender su regulación⁴.

Me refiero a la *Reparación a la víctima en Derecho Penal Juvenil*. Lo anterior no deja de ser comprometedo, por las diferentes aristas que tiene; no obstante, con el presente artículo pretendo dar una visión general sobre dicha institución y su aplicación en la actual regulación colombiana.

De esta manera, comenzaré con los presupuestos básicos sobre la reparación y su vinculación con el Derecho Penal juvenil, marcada por la discusión de la preponderancia de la prevención especial sobre la general, para finalizar con algunos comentarios sobre su aplicación en la Ley 1098 de 2006.

² Son varios los ejemplos de la jurisprudencia, los cuales pese a tener puntos cuestionables constituyeron un importante inicio en la discusión sobre la responsabilidad penal juvenil en Colombia. Sentencia de la Sala de Casación Penal del 27 de abril de 1990. (M.P. JAIME GIRALDO ÁNGEL), y sentencias de la Corte Constitucional: C-19 del 25 de enero de 1993, (M.P. CIRO ANGARITA BARÓN), C-817-99 del 20 de octubre de 1999 (M.P. CARLOS GAVIRIA), C-839-01 del 9 de agosto de 2001 (M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA) y C-203-05, del 8 de marzo de 2005 (M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA).

³ Sobre diversos temas relacionados con la responsabilidad penal juvenil, me he referido en los siguientes escritos: DÍAZ CORTÉS, LINA MARIOLA, *Modelos de reacción penal frente al menor infractor en el Derecho positivo español y colombiano*; “Reflexiones sobre la influencia de la ideología educativa en la reacción frente al menor infractor”; “El menor como sujeto de derechos: base para un modelo de responsabilidad penal”.

⁴ En este sentido LARRAURI PIJOAN, ELENA: “La reparación”, p. 174, explica como las diferentes influencias han conducido a que se de en ocasiones un manejo contradictorio de la regulación de la reparación.

B. Reparación y Derecho Penal

1. Factores que han propiciado su planteamiento en el Derecho Penal

Al abordar la reparación en el Derecho Penal, la doctrina ha sido coincidente en establecer ciertos factores que han fomentado su aplicación. De esta manera se han señalado: el renovado interés por la víctima del delito y la crisis de la política criminal tradicional⁵. Nos referiremos brevemente a cada uno de estos puntos.

El origen del renovado interés por la víctima del delito, es planteado como respuesta crítica frente al desplazamiento que el transcurso del tiempo fue realizando de su papel protagonista. Remontándose a sus inicios, se señala que antes de la aparición del Derecho Penal, los sistemas primitivos de justicia, se basaban en la venganza privada, siendo las víctimas o sus allegados los encargados de administrar justicia.

Es así como, con el nacimiento del Derecho Penal, se pone fin a las formas de justicia privada. Pese a la gran conquista que representó el hecho de que el *ius puniendi* pasara de forma exclusiva al Estado, se dio comienzo al abandono de la figura de la víctima. En efecto, la vinculación exclusiva entre el Estado y el delincuente generó un proceso que condujo a lo que se ha denominado neutralización de la víctima⁶.

No obstante, dicho proceso no dejó totalmente excluida la discusión sobre aquélla. Tan es así, que ya desde la Escuela Positiva Italiana, GARÓFALO realiza una importante monografía titulada “*Indemnización a las víctimas del delito*”⁷. En ella, el autor crítica el hecho de que el debate

⁵ ALASTUEY DOBÓN, MARÍA CARMEN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*.

⁶ En este sentido lo mencionan: GARCÍA PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Tratado de criminología*, pp. 114 y ss., HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del Derecho Penal*, pp. 92 y ss, quien señala: “El Derecho penal estatal surge precisamente con la neutralización de la víctima”. También se refiere al empleo de esta expresión ALASTUEY DOBÓN, MARÍA CARMEN, *La reparación a la víctima...*, p. 36.

⁷ Destaca esta influencia PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, pp. 7 y 8. En su opinión los positivistas italianos planteaban la reparación como una sanción pecuniaria, que incluso en algunos casos desplazaba la pena privativa de la libertad.

se haya centrado a favor del delincuente, desplazando el especial interés social sobre la indemnización a las víctimas de los delitos⁸.

De otra parte, se ha señalado que el desplazamiento de la víctima se ha acentuado con la noción de bien jurídico. En efecto, la víctima se objetiviza en dicho concepto, de manera que deja de ser el sujeto sobre el cual recae la acción delictiva, pasando a serlo el bien jurídico como portador de un valor, lo realmente lesionado.

Tampoco los orígenes de la criminología contribuyeron a mejorar la situación de abandono de la víctima, ya que su acento se puso en el delincuente. En la misma medida lo hizo la política criminal, centrando todos sus esfuerzos en la resocialización del delincuente⁹.

Tan sombrío panorama, ha cambiado desde hace unas décadas, planteándose el renacimiento de la víctima. Es así como desde la Criminología se plantea la *Victimología*, desde el Derecho Penal material se realizan planteamientos de *Victimodogmática*, y desde el proceso penal se proponen formulas para recuperar su papel¹⁰.

De esta forma, con posterioridad a la segunda guerra mundial -para algunos desde la década de los ochenta-, surge la *Victimología* como disciplina científica con diversas áreas de conocimiento, entre las cuales cabe mencionar la defensa de los derechos de las víctimas en el proceso penal¹¹. En efecto, desde sus orígenes, el proceso penal ha girado en torno al delincuente, preocupándose por sus derechos fundamentales y su garantía a través del proceso penal. En este sentido uno de los primeros autores que destacó el limitado rol de la víctima dentro del proceso penal fue CHRISTIE. En su opinión, la víctima, fue excluida del escenario del

⁸ GARÓFALO, RAFAEL, *Indemnización a las víctimas del delito*, pp. 57, 58. Según su propia expresión “El Estado es injusto si abandona a aquellos que, confiados en la prometida garantía de los poderes sociales, no se previnieron contra las agresiones de los malhechores, como lo habrían hecho si hubiesen vivido en sociedades peor organizadas y menos civilizadas”.

⁹ En este sentido ALASTUEY DOBÓN, MARÍA CARMEN, *La reparación a la víctima ...*, p. 38; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, “Presente y futuro de la victimología”, p. 12.

¹⁰ ALASTUEY DOBÓN, María Carmen, *La reparación a la víctima*, cit., p. 39.

¹¹ LARRAURI PIJOAN, ELENA: “La reparación...”, p. 172. La misma autora en “Victimología: ¿quiénes son las víctimas, cuales sus derechos, cuales sus necesidades?”, pp. 80 y 81, señala otras áreas de conocimiento de la victimología como las encuestas de victimización y la atención asistencial y económica a la víctima. Sobre la defensa de la Victimología del papel de la víctima del proceso ALASTUEY DOBÓN, MARÍA CARMEN, *La reparación a la víctima...*, p. 47.

proceso penal y reducida a ser la mera desencadenante del asunto. Según sus propias palabras: “*La víctima es una especie de perdedora por partida doble, primero, frente al delincuente, y segundo —y a menudo de una manera más brutal— al serle denegado el derecho a la plena participación en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida. La víctima ha perdido su caso en manos del Estado*”¹².

Por su parte, la *Victimodogmática* se preocupa por la contribución de la víctima en el delito y sus repercusiones en la pena del autor, lo cual puede ir desde su total exención de responsabilidad, tomando en cuenta el “*principio de autorresponsabilidad*” de la víctima, hasta una atenuación de la pena¹³. En dicha discusión han surgido posiciones en torno a la víctima, que resultan ciertamente cuestionables ya que si bien en un principio su origen estuvo vinculado a la pretensión de una mejora en la situación de la víctima, lo cierto es que los planteamientos más radicales se posicionan más en defensa del autor¹⁴.

Otro de los factores que se ha considerado determinante para el fomento de la reparación en el Derecho Penal, ha sido la profunda crisis de legitimación del sistema tradicional de sanciones. En efecto, se ha sufrido un desencanto respecto al sistema de sanciones tradicionales, debido a la escasa eficacia preventivo especial y general de la aplicación de la pena. Concretamente, respecto a esta última, en su aspecto intimidatorio, se considera que dicho efecto no depende de la gravedad de la sanción, sino del riesgo de ser descubierto, lo cual da cabida para ampliar el espectro de sanciones alternativas.

¹² CHRISTIE, NILS, “Los Conflictos como Pertenencia”, p. 163; dicho texto se puede consultar también en <http://neopanopticum.blogspot.com/2005/11/christie-nils-los-conflictos-como.html> (consultado el 7 de mayo de 2008).

¹³ ALASTUEY DOBÓN, MARÍA CARMEN: *La reparación a la víctima...*, pp. 40, 41, 43. Se parte de un principio como el de *autorresponsabilidad de la víctima* según el cual, la víctima por iniciativa propia renuncia a hacer uso de las medidas de autoprotección de las que dispone, abandonando el bien jurídico, eximiéndose de responsabilidad penal al autor. Sobre este punto, LARRAURI PIJOAN, ELENA, “Victimología”, pp. 91-92.

¹⁴ ALASTUEY DOBÓN, MARÍA CARMEN, *La reparación a la víctima...*, pp. 44,46. SCHÜNEMANN es de una corriente más radical. Propone un principio regulativo dirigido a la restricción de los tipos penales, eliminando aquellas formas de comportamiento frente a las cuales la víctima ni merece, ni necesita protección, “Sistema del Derecho Penal y victimodogmática”, pp. 159 y ss.

De igual forma desde la prevención general positiva, en principio no hay ningún impedimento para acoger otras sanciones, partiendo de que el robustecimiento de la fidelidad al Derecho, exige sólo el robustecimiento simbólico de la validez de la norma y no de la aplicación de la misma¹⁵.

En lo que respecta a la prevención especial, ante tal panorama han surgido tendencias político criminales que han acogido conceptos relacionados con la reparación, que se orientan a un tratamiento no estigmatizante del infractor, proponiendo alternativas a la prisión (*diversion*). A través de la *diversion* o derivación del tratamiento del delito hacia instancias informales y hacia reacciones no privativas de la libertad, se dan mejores condiciones para la resocialización. En efecto, se propone el manejo de medidas ambulatorias y tratamiento informal de las conductas delictivas, y una mayor atención a los intereses de la víctima¹⁶.

2. La reparación y su vinculación con el Derecho Penal

a. *Delimitación conceptual*

Al estudiar la reparación, suelen aparecer conceptos como *reparación civil*, *mediación* y *conciliación*. Tal diversidad de términos que parecen entremezclarse al momento de definir la reparación, genera cierta confusión, lo cual ha sido interpretado como consecuencia de la diversidad de factores que han propiciado el fomento de la reparación en el Derecho Penal. Aunado al anterior argumento, se señala como causa de dicha confusión, la falta de claridad entre conceptos que se refieren al medio utilizado para conseguir un fin (reparación, conciliación, etc.) y el fin mismo que no en todos los casos se alcanza¹⁷.

Tal diversidad de conceptos hace que tengamos que hacer una delimitación conceptual de los mismos.

PÉREZ SANZBERRO, define *reparación civil* como aquélla que se dirige a la indemnización de los daños causados efectivamente a la víctima. Esta

¹⁵ ALASTUEY DOBÓN, MARÍA CARMEN: *La reparación a la víctima...*, pp. 57-59.

¹⁶ PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación...*, pp. 10, 11 y 15.

¹⁷ MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, p. 28. El autor critica el manejo impreciso e invariable de estos conceptos, destacando cómo la Ley Orgánica de responsabilidad penal de menores 5/2000 de España, en adelante LORPM, de manera clara distingue la mediación, como medio para obtener la reparación u otros fines, y los fines propiamente dichos.

puede provenir incluso del propio Estado, por lo cual no está vinculada a su realización por parte de una persona que asume o debe soportar su carga¹⁸.

La anterior definición dista de aquella que considera la *reparación* en el marco de las sanciones penales, ya que la filosofía político criminal que la inspira, parte del reconocimiento positivo de la disposición del autor en la asunción de su responsabilidad. Incluye cuestiones materiales y no materiales y también prestaciones que suponen la dedicación de tiempo o trabajo en beneficio de la víctima¹⁹. De esta forma, la reparación se caracteriza por ser un concepto más amplio que el que se limita a la compensación económica del daño producido “*que atiende a la propia afectación de la relación interpersonal y a aquellas consecuencias negativas del delito para la víctima, de difícil o imposible mensurabilidad en términos económicos*”²⁰.

En cuanto a la *mediación*, PÉREZ SANZBERRO la ha definido como una forma de intervención en un conflicto, que busca facilitar la comunicación entre las partes enfrentadas y que posibilita la adaptación de un acuerdo por ellas mismas²¹. De esta manera, con la *mediación* se puede posibilitar la *conciliación* la cual se puede dar por una *reparación* -no siendo éste el único fin-.

¹⁸ En el mismo sentido ALASTUEY DOBÓN, MARÍA CARMEN, *La reparación a la víctima...*, p. 62, considera que del marco de las sanciones penales, se debe excluir aquella reparación que implica prestaciones materiales que recibe la víctima con independencia de quien las lleva a cabo. Dicho rechazo deriva, de que en su concepto, la reparación implica obligaciones que sean asumidas por el responsable. En el mismo sentido, MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, p. 57, considera que no merecen tal denominación las prestaciones del estado, u otras que no procedan directa e indirectamente del victimario real o presunto, ni tampoco las que corran a cargo de un seguro, ni de un responsable civil subsidiario, ya que se produciría una inaceptable injerencia de terceros en la relación jurídico-penal.

¹⁹ PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación*, cit., pp. 19, 20.

²⁰ *Ibíd.*, p. 205.

²¹ *Ibíd.*, pp. 21-22. Por su parte, GORDILLO SANTANA, LUIS F, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, p. 182, señala que pese a las diversas teorías en torno a lo que se entiende por mediación, existe consenso en cuanto a los elementos esenciales que lo integran: la existencia de un conflicto de personas que son parte del mismo y de una tercera persona que no tiene la capacidad de tomar decisiones pero facilita los acuerdos entre las personas que participan en el conflicto.

Estamos frente a una relación medio y fin entre la *mediación* y la *reparación*, esto es, la *mediación* entendida como el proceso a través del cual se puede llegar a un acuerdo, que puede ser de carácter reparatorio²². En otras palabras, la *mediación* como un proceso dirigido a unos fines como la *conciliación* y *reparación*²³.

Partiendo de la *conciliación* como fin, se ha señalado que la misma se expresa en la vinculación entre una acción y un resultado en el cual está involucrado el deseo de las partes de darse recíprocamente lo que es justo²⁴. En esta medida, se considera que la *conciliación* reúne dos aspectos fundamentales: el lograr un resultado que eventualmente podrá implicar la *reparación* y el protagonismo de los sujetos directamente implicados. Reiterando lo dicho, se da una relación medio a fin, la *mediación* será el medio a través del cual se busca la *conciliación*²⁵.

Ahora bien, PÉREZ SANZBERRO propone una definición de la *conciliación*, que se apoya en tres conceptos: *reparación*, *regulación del conflicto* y *mediación*²⁶. La autora realiza una interesante construcción que vincula los conceptos de *mediación*, *reparación* y *conciliación*. En su concepto la *reparación*, entendida como prestación voluntaria del infractor, constituye el soporte a la regulación del conflicto en el que están involucrados el infractor y la víctima, quienes intervienen directamente en ese proceso con la ayuda de una instancia mediadora (*mediación*) cuya función radica en posibilitar la comunicación y adopción de acuerdos entre los intervinientes (*conciliación*).

²² LARRAURI PIJOAN, ELENA, “La reparación”, en *Penas alternativas a la prisión*, p. 174.

²³ MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación...*, p. 136.

²⁴ GORDILLO SANTANA, LUIS F., *La justicia restaurativa y la medición penal*, p. 190.

²⁵ PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación...*, p. 45. De una opinión diversa MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, *Mediación, reparación...*, p. 58, dando aparentemente el mismo contenido de la conciliación, a la reparación como tercera vía.

²⁶ PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación...*, p. 23. De esta manera, se remite a lo señalado por SCHRECKLING para quien “Con la “conciliación autor-víctima” se caracterizan los esfuerzos por resolver los problemas, cargas y conflictos existentes entre los infractores y los perjudicados tras un hecho delictivo. Este arreglo de las consecuencias del hecho es conducido por un mediador que lleva a cabo conversaciones individualizadas con los afectados, estimula al autor y a la víctima a un encuentro personal, y modera el diálogo. El aspecto central de las conversaciones lo constituye el tratamiento (...) del hecho, de sus consecuencias, y el acuerdo sobre prestaciones reparatoras del autor a favor del perjudicado”.

b. *Su relación con las consecuencias jurídico penales del delito*

En cuanto a la vinculación de la reparación con el sistema de consecuencias jurídico-penales, se pueden destacar dos puntos de vista: 1. Desde una *concepción restringida*, se considera la reparación en una situación de dependencia con las sanciones penales; 2. Desde una *concepción amplia*, se estima la reparación como una consecuencia jurídico-penal autónoma²⁷. Brevemente vamos a referirnos a ellos.

Desde el primer punto de vista, existe una coincidencia con el contenido de la responsabilidad civil derivada del delito. En otras palabras, se entiende única y exclusivamente como “*la compensación por parte del responsable penal, de los efectos civiles del delito*”²⁸.

En esta medida se entiende que la reparación es un factor para tomar en cuenta en la medición de la pena. Bajo el anterior esquema, la reparación no desplaza la pena, ésta sigue siendo la consecuencia del delito. Un ejemplo de la aplicación de tal concepción, es ubicar la reparación como una circunstancia atenuante.

Desde el segundo punto de vista, se plantea la reparación como consecuencia jurídico-penal autónoma. Dentro de esta tendencia podemos diferenciar, en primer lugar, la reparación como “*tercera vía*”, y en segundo lugar, la reparación como sanción penal.

La reparación entendida como “*tercera vía*” -postulada por ROXIN²⁹-, parte de asignar a la misma un papel más relevante en el Derecho Penal, en el que, guardando la independencia de la reparación meramente civil, llegue a constituir una auténtica consecuencia jurídico-penal del delito, que en algunas ocasiones puede llegar a ser la única respuesta³⁰. Tal fin se cumplirá en la medida en que la reparación no está destinada sólo a compensar el daño civil causado por el delito, sino a una compensación de las consecuencias del hecho a través de una prestación voluntaria del

²⁷ ALASTUEY DOBÓN, MARÍA CARMEN, *La reparación a la víctima...*, p. 63.

²⁸ ALASTUEY DOBÓN, MARÍA CARMEN, *La reparación a la víctima...*, pp. 63, 64.

²⁹ ROXIN, CLAUS, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, pp. 5 y ss.

³⁰ ALASTUEY DOBÓN, MARÍA CARMEN, *La reparación a la víctima...*, p. 66.

autor, la cual sirve al restablecimiento de la paz jurídica. Es así como la reparación no tendría sólo un componente material que consistiría en la indemnización, sino sobre todo un componente “*ideal e interactivo*” a través del cual se busca el restablecimiento de la paz jurídica³¹. En virtud de lo anterior, se puede integrar en el proceso penal junto a la pena y la medida de seguridad³².

Ahora bien, la reparación así entendida debe ahora analizarse dentro de los fines de la pena. Si se considera que la meta de la reparación es el establecimiento de la paz jurídica, implica que la misma puede ubicarse dentro de los fines de la pena. Bajo estas ideas, si con la reparación se consigue la paz jurídica no sería necesaria la pena desde el punto de vista preventivo general y especial. Esta vocación de restablecimiento de la paz jurídica, supone una solución pacificadora entre el autor, la víctima y la sociedad³³.

De esta manera, confluirían cinco factores: el hecho punible no queda sin respuesta, la reparación voluntaria muestra un distanciamiento del autor respecto de su hecho injusto teniendo en cuenta los intereses de la víctima, se produce una pacífica solución de conflictos entre la víctima y el autor, y se pacifica a la comunidad, a través del fortalecimiento de la norma y la asunción de responsabilidad³⁴.

Finalmente, la reparación entendida como sanción penal, parte de considerar que se puede imponer coactivamente y como consecuencia del delito, trascendiendo de la mera restitución del daño a la víctima³⁵.

Las anteriores líneas esbozan algunos rasgos generales de la reparación en el Derecho Penal y nos sirven de preámbulo para vincularlo con nuestro tema de estudio, esto es la responsabilidad penal juvenil. Como lo hemos señalado, la reparación se ha planteado como pena, como “*tercera vía*”, o

³¹ *Ibíd.*, p. 68.

³² LARRAURI PIJOAN, ELENA “La reparación”, p. 175. ALASTUEY DOBÓN, MARÍA CARMEN, *La reparación a la víctima ...*, p. 66.

³³ ALASTUEY DOBÓN, MARÍA CARMEN, *La reparación a la víctima...*, p. 68.

³⁴ Lo anterior es referido por JUNG, en la obra de ALASTUEY DOBÓN, MARÍA CARMEN, *La reparación a la víctima...*, p. 69.

³⁵ LARRAURI PIJOAN, ELENA, “La reparación”, pp. 174, 177-179, considera que si bien la reparación no es una pena, puede ser regulada con los caracteres de la misma.

en una vinculación directa con las actuales sanciones. Tomando en cuenta las limitaciones de espacio, nos centraremos en un planteamiento, diverso a los ya señalados, que ubica la reparación con repercusiones en el ámbito procesal y que es el que en nuestro concepto se maneja en el actual Código de la infancia y la adolescencia colombiano.

C. La reparación y la responsabilidad penal juvenil

Dentro del concepto de reparación del daño, en un *sentido amplio*, cabe distinguir el concepto de *compensación entre autor y víctima*. Se parte de un proyecto organizado a instancia del fiscal o juez –según la legislación de cada país– con intervención de un mediador, sobre las prestaciones que tras la comisión de un delito, podrían llevarse a cabo por el delincuente en favor de la víctima, y que en caso de llegarse a un acuerdo, darían lugar a un sobreseimiento o al menos a una atenuación de la sanción.

Tomando en cuenta que estos proyectos se relacionan finalmente con arreglos informales que se apartan del proceso penal, se vinculan frecuentemente con el movimiento de *diversion*, que podría traducirse al español como “*desviación*” o “*dirección por otro camino*” o “*desjudicialización*”. Expliquemos un poco la razón de dicha vinculación³⁶.

La expresión inglesa *diversion* implica “*la no continuación de la acción penal, o su suspensión anterior al debate, con la eventual posibilidad de sustituir la sanción penal con formas de tratamiento sociorehabilitativas y comunitarias con el resultado de determinar una desviación del proceso hacia un epílogo no judicial, o de algún modo extraño a la lógica del juicio y a la sentencia de mérito*”³⁷.

Es así, como a través de la desjudicialización se busca que la regulación

³⁶ Lo anterior es referido por JUNG, H. en la obra de ALASTUEY DOBÓN, MARÍA CARMEN: *La reparación a la víctima...*, p. 69.

³⁷ Dicha definición la toma KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, *Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, p. 87, de PATANÈ, *Note a margine della Raccomandazione N. R. (99),19 nella prospettiva della “mediación” nella giustizia penale italiana*, extracto de *Annali della facoltà di Economia dell’ Università di Catania*, XVI, p. 828. KEMELMAJER DE CARLUCCI, considera que se debe mantener la expresión en inglés y no hacer una traducción como “*diversión*” pues no se corresponde al significado en inglés que deriva del verbo *to divert*, que significa desviar un curso o un camino.

de un conflicto se haga fuera del sistema judicial³⁸, lo cual conlleva a que se favorezcan soluciones informales diferentes a las seguidas en los procedimientos tradicionales y basadas en principios de intervención mínima y oportunidad³⁹.

De esta forma, dentro de este ámbito aparece el *principio de oportunidad* como el mecanismo a través del cual se ponen en práctica las estrategias de desjudicialización⁴⁰. En efecto, con la incorporación de este principio se acentúa la idea de que el proceso penal tiene que ser además, un marco propicio para la aplicación de una política criminal que busque evitar en la medida de lo posible el traumatismo de la punición y el carácter inevitablemente estigmatizador que tiene el proceso mismo⁴¹.

En lo que respecta a su conceptualización, para GIMENO SENDRA, el principio de oportunidad es un instrumento procesal con el cual se obtiene la agilización de la justicia penal. A través del mismo, el titular de la acción penal tiene la facultad de disponer de su ejercicio bajo determinadas condiciones, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor concreto⁴².

Las razones de oportunidad que se suelen argumentar para un eventual sobreseimiento, a título genérico, son aquellas razones de política criminal o interés público que desaconsejan la apertura del juicio. Por su parte, a

³⁸ CAPPELAERE, GEERT y GRANDJEAN, ANNE, *Niños privados de la libertad derechos y realidades*, p. 422.

³⁹ LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Derecho Penal de Menores*, p. 112.

⁴⁰ En este sentido, a nivel europeo, encontramos la Recomendación N° R (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la simplificación de la Justicia penal, en particular sobre la introducción o extensión del principio de oportunidad. Tal recomendación, ha influido en otras posteriores tales como la (95) 12 sobre la gestión de la justicia criminal, de 11 de septiembre de 1995, la (99) 19 sobre la mediación en materia penal, de 15 de septiembre de 1999, y la (2000) 19, de 6 de octubre, sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal. En este sentido, MORENILLA ALLARD, PABLO, *El proceso penal del menor*, p. 58.

⁴¹ SANTOS DÍAZ, LUIS JAVIER, "El principio de oportunidad en la Ley Orgánica 5/2000. El desistimiento de la incoación del expediente por el Ministerio Fiscal", BIB 2007/552. Por otra parte, ORTIZ ÚRCULO, JUAN CESÁREO, "El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites", en <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL75.pdf> (consultado el 1 de mayo de 2008) refiere cómo el origen del principio de oportunidad estuvo más vinculado a lograr una mayor eficiencia y rapidez de la justicia, tomando en cuenta el incremento de casos conocidos por la justicia.

⁴² GIMENO SENDRA, VICENTE, "Los procedimientos penales simplificados (Principio de oportunidad y proceso penal monitorio)", pp. 34-35.

título específico podemos mencionar: el evitar los efectos criminógenos de las penas cortas, la estimulación de la pronta reparación del daño, o la conveniencia de evitar juicios orales innecesarios⁴³.

De esta manera, el *principio de oportunidad* se presenta como una respuesta “*aparentemente*” adecuada frente a las críticas respecto al modelo punitivo y que busca evadir la rigidez de un sistema, tomando en cuenta consideraciones de política criminal. No obstante, no deja de resultar contradictorio ya que una política coherente implicaría que el legislador simplemente despenalice ciertas conductas, planteando soluciones desde campos diversos al Derecho Penal.

Ahora bien, concretamente vinculado con nuestro tema de estudio, esto es la responsabilidad penal juvenil, podemos definir la *diversion* como aquella serie de técnicas que buscan poner fin al proceso penal formal en fases anteriores a la constatación de la culpabilidad del menor⁴⁴, con el fin de evitar que a los menores se les aplique y por tanto entren dentro del sistema de la Administración de Justicia Penal⁴⁵.

En efecto, tomando en cuenta la especial naturaleza del proceso penal de menores, resulta ventajosa la aplicación de estas técnicas de desviación y con ello se defiende la aplicación del principio de oportunidad. En primer lugar, por la naturaleza del proceso del menor en el que se mezclan aspectos sancionatorios y educativos, contribuyendo en estos últimos las diversas

⁴³ Ibíd. pp.36-37.

⁴⁴ Especialmente crítico frente a la desjudicialización GARCÍA PÉREZ, OCTAVIO, “Los actuales principios rectores del Derecho Penal Juvenil: un análisis crítico”, pp. 51, 53, 54. Menciona tales críticas PÉREZ MACHIO, ANA ISABEL, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores – LO 8/2006-” (Aspectos de Derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*, pp. 75-76. Se pueden mencionar como objeciones: 1. Supone el riesgo de someter al control social a menores acusados de hechos que, si no existiesen tales mecanismos, nunca hubieran sido condenados en un proceso formal 2. Puede implicar la adopción de medidas de mayor intensidad que las que se hubieran impuesto en un procedimiento formal.

⁴⁵ HIGUERA GUIMERA, JUAN FELIPE, *Derecho Penal Juvenil*, p. 64. Las técnicas de *diversion* han sido defendidas en razón a tres argumentos básicos que destacan sus beneficios: 1. se evita la estigmatización del infractor por medio del proceso penal, 2. se descongestiona la administración de justicia, 3. se humaniza el Derecho Penal mediante la evitación de controles sociales innecesarios. En este sentido: GARCÍA PÉREZ, OCTAVIO: “Los actuales principios...”, p.41, CERVELLÓ DONDERIS, VICENTA Y COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN: *La responsabilidad penal del menor de edad*, p. 19, CRUZ BLANCA, MARÍA JOSÉ, *Derecho Penal de Menores (Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de menores)*, pp. 50-51.

manifestaciones del principio de oportunidad. En segundo lugar, porque a través del mismo se consideran mejor los intereses de la víctima⁴⁶.

Dichas ventajas han sido reconocidas en los diversos instrumentos internacionales a través de su establecimiento. De esta forma, la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 40.3.b, hace referencia a la desjudicialización al indicar que los Estados deben articular los mecanismos necesarios para que, cuando se estime conveniente, se adopten las medidas para los menores infractores sin necesidad de recurrir a los procesos judiciales⁴⁷.

De igual forma, se pronuncia el artículo 11 de la R.B al señalar: “1 Se examinará las posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes (...) 2. La policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos a efectos en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios en las siguientes reglas (...)”.

Planteadas las anteriores ideas generales, podemos decir, que de alguna manera, la reparación entendida dentro del concepto de compensación entre autor y víctima, es un recurso al que resulta fácil recurrir en el tema de responsabilidad penal juvenil. Lo anterior, en razón de su especialidad en la que tienen fácil acomodo las estrategias de desjudicialización. Aunado a lo anterior, aceptar la reparación en los términos referidos implica que la víctima recobra su papel protagonista. Ahora bien, las anteriores ideas, nos remiten a un planteamiento de fondo relacionado con los fines del Derecho Penal Juvenil, esto es, la discusión dogmática en torno a la preponderancia o no de la prevención especial sobre la general. Partiendo de lo anterior, expondremos sucintamente los puntos de este debate.

⁴⁶ GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL, “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores”, pp. 827-828.

⁴⁷ En la misma tendencia el artículo 2 de la Recomendación número R (87) del Consejo de Europa señala que los Gobiernos de los Estados miembros deben: “*Alentar el desarrollo del procedimiento de desjudicialización de mediación a nivel del Órgano de prosecución (clasificación sin persecución) o a nivel policial, en los países donde la Policía tenga funciones de persecución, a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de Justicia Penal y las consecuencias derivadas de ellos (...)*”. Siguiendo esta postura CERVELLÓ DONDERIS, VICENTA Y COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *La responsabilidad penal...*, p. 19. CRUZ BLANCA, MARÍA JOSÉ: *Derecho Penal de Menores...*, p. 112.

1. Prevención especial vs. prevención general

La especial relevancia que se le dé a la prevención especial y la exclusión o no de la prevención general en el Derecho Penal Juvenil, es un asunto nada fácil de resolver, si tomamos en cuenta que en la actualidad, suele ser visto con desconfianza por la sociedad el tipo de respuesta que el Estado da al menor infractor.

En efecto, ante el reconocimiento de la necesidad de un tratamiento diferente para el menor que delinque, ha surgido la exigencia de crear un modelo de respuesta conforme a principios constitucionales que reconozca la diversidad y por ende el *interés superior del niño*. Tal propuesta ha sido vista con escepticismo por la sociedad, ante la perpetración por parte de menores de delitos de especial gravedad.

De esta forma, para el común de la gente, la especial levedad con las que son vistos el procedimiento y las penas⁴⁸ para menores delincuentes, siembra un manto de duda sobre la efectiva responsabilización que se le hace a los menores que cometen delitos⁴⁹.

En efecto, la preponderancia de la prevención especial que implica que la intervención esté orientada a la educación del menor, fundamenta la especialidad de un Derecho Penal Juvenil. No obstante, ¿no pueden coexistir dentro de los fines del Derecho Penal juvenil, el especial énfasis en la prevención especial respecto a los menores, y las inquietudes y reclamaciones de la sociedad provocada por la alarma de determinados hechos delictivos?⁵⁰ ¿Pueden coexistir el interés de la víctima y el *interés superior del niño*?

⁴⁸ Concretamente respecto a las penas, pese a su aparente levedad –producto más de la utilización de términos ambiguos–, y respondiendo de alguna forma a la defensa social, lo cierto es que de su catálogo de sanciones no se ha retirado la pena privativa de la libertad. Pese a que eufemísticamente se le han dado otro tipo de nombres, –tratando de paliar los claros efectos negativos que ésta genera sobre un sujeto en desarrollo psíquico y físico – al menor se le sigue sometiendo a la prisión, como pena natural por los delitos que comete. Ahora bien, la aplicación de la pena privativa de la libertad (internamiento o ubicación institucional) –para los menores–, ha sido cuestionada por anteponer necesidades preventivo-generales a las preventivo-especiales, pilar sobre el que se monta la especialidad del Derecho Penal Juvenil.

⁴⁹ DE LEO, GAETANO Y DI TULLIO D’ELISIIS, MARIA STELLA, “Il minore autore di reato”, p.123. En síntesis, se cuestiona la capacidad del Estado para responder a las demandas atinentes a la seguridad y la específica metodología de intervención prevista en la ley.

⁵⁰ CÓRDOBA RODA, JUAN, “La Ley de responsabilidad penal de los menores: aspectos críticos”, p. 364.

Para analizar estos cuestionamientos, necesariamente debemos acudir al principio del *interés superior del niño*. La vinculación con el principio denominado *interés superior del niño*, parte de entender que un Derecho Penal Juvenil que pretenda responder a las conductas delictivas realizadas por un menor, debe estructurarse tomando como base que se está ante un individuo en desarrollo físico y mental, amparado constitucionalmente⁵¹ por este fundamento⁵².

Tan es así que referencias al mismo las encontramos en el texto de la legislación sobre justicia juvenil de Colombia. En el Código del Menor, en adelante C. del M.⁵³, en su artículo 20 se indica que las personas y las entidades públicas y privadas que desarrollen programas y tengan responsabilidades en asuntos de menores tomarán en cuenta sobre cualquier otra consideración el principio rector del “*interés superior del menor*”.

En el mismo sentido y mucho más claro en la Ley 1098/2006, se establece en su artículo 140 que: “*En caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema*”. Lo anterior no debe, nunca, implicar que se violen los derechos y garantías de los niños, las niñas y los adolescentes.

De esta forma, conceptos como el *interés superior del niño*, *prevención especial -principio educativo-* y *prevención general*, aparecen dentro de la discusión respecto a la búsqueda de la especialidad en la regulación de la responsabilidad del menor infractor. Ahora bien, ¿cómo vinculamos el *interés superior del niño*, y la discusión entre la preponderancia o no de la prevención especial y la general?

⁵¹ El art. 44 párrafo 2, de la Constitución Colombiana, señala: “*Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*”.

⁵² LÁZARO GONZÁLEZ, ISABEL (Coord.) “*Los menores en el Derecho español*”, p.107. El *interés superior del niño*, constituye una de las bases sobre las que se sustenta y a partir de la cual se construye, o debería edificarse, la legislación de protección de menores, y por lo tanto, debe operar en todos los casos en donde se encuentre involucrado el menor.

⁵³ Decreto 2737 de 1989, vigente aún en parte del país tomando en cuenta que el nuevo Código de la infancia y al adolescencia se implementará de forma gradual – art. 216-.

Tomando en cuenta que dicho análisis lo realizamos en su momento⁵⁴, y dadas las limitaciones de espacio, nos ceñiremos en este estudio a nuestras conclusiones sobre este punto.

Reconocemos que la prevención general y la especial positiva están presentes en los fines del Derecho Penal Juvenil. La pretensión de descartar de forma absoluta los fines distintos de la prevención especial, es de antemano utópica, si partimos de la aplicación de un régimen de carácter penal. En efecto, no se puede prescindir de ideas como la prevención general, “pese a que en el ámbito de Derecho penal de menores seacentúen marcadamente las exigencias preventivo-especiales”. Pretender negar los fines preventivo generales, supone incurrir en contradicción con la aceptación explícita de la existencia de responsabilidad penal en los menores. Lo anterior, partiendo de la idea según la cual, la edad penal no constituye un obstáculo –dentro de determinada franja– para la accesibilidad de los menores al mandato normativo, sino que deriva en una diversa responsabilidad.

Por esta diversidad, tampoco nos podemos ir al extremo de recurrir exclusivamente a una legitimación preventivo general en el Derecho Penal Juvenil, negando la especial preponderancia de la prevención especial positiva, pues iría en contra de conocimientos científicos reconocidos en el ámbito jurídico. En efecto, consideramos que el menor dentro de un rango de edad que oscila entre los 14-18 años de edad, es un sujeto que se inserta en la sociedad adulta más que en la pubertad; no obstante, esto no implica que se haya alcanzado el grado de equilibrio de un adulto. De este modo, el menor constituye una realidad diferente del adulto, que goza de una personalidad definida y distinta en permanente evolución.

Ahora bien, como consecuencia de involucrar fines preventivo generales y especiales positivos en el Derecho Penal Juvenil, –es decir, de la vinculación de exigencias de distinto signo en su estructura– tal como lo hemos analizado, el legislador Colombiano ha transferido al procedimiento del menor infractor contenidos del Derecho penal y procesal de adultos y a su vez ha procurado darles una significación diferente. Para tal vinculación, se ha servido del principio del *interés superior del niño*, –criterio orientador y matizador de un Derecho Penal especial para el menor que delinque–, a través del cual pese al reconocimiento de la especial preponderancia de la prevención especial, no desconoce las necesidades preventivo generales.

⁵⁴ DÍAZ CORTÉS, LINA MARIOLA, *Modelos de reacción...*, passim.

En razón del principio del *interés superior del niño*, se han matizado las medidas a aplicar, el procedimiento, y el lugar de ejecución.

Ahora bien, partimos de que este principio debe ser tomando en cuenta como una “*consideración primordial*” lo cual implica tener el “*interés superior del niño*” como algo importante, mas no con supremacía sobre otros intereses. Podemos señalar tres aspectos que hacen relación a las especificidades propias del Derecho Penal Juvenil, marcadas por el principio del *interés superior del niño* como “*consideración primordial*”: 1. La ampliación del catálogo de penas; 2. La flexibilidad en el procedimiento y 3. La ejecución de las penas o medidas en centros especializados. Relacionada la reparación con estos tres puntos, en el caso Colombiano la podemos vincular con el segundo; esto es, la reparación dentro del concepto de *compensación entre autor y víctima*.

Según lo anterior, podemos plantear las siguientes ideas generales:

- El menor responsable penalmente - entre 14 y 18 años-, es un sujeto con un grado de desarrollo moral diferente al adulto, lo cual hace necesario dar una respuesta diferente.
- El que se señale un sistema específico de respuesta penal implica reconocer dicha diferencia.
- Lo anterior se ve plasmado con principios como *el interés superior del niño*, que representan reconocer esta diferencia, la cual a su vez se plantea desde el punto de vista dogmático a través de la discusión sobre la preponderancia de la prevención especial sobre la general.
- El entender el *interés superior del niño* como *consideración primordial* implica tomar en cuenta tanto consideraciones preventivo especiales como preventivo generales en los fines del Derecho Penal Juvenil. En virtud de lo anterior, la reparación entendida en el marco de compensación autor-víctima, constituye la pieza perfecta que toma en cuenta tanto el *interés superior del niño* como el interés de la víctima.

Para finalizar expondremos algunas ideas sobre su regulación en la Ley 1098 de 2006.

2. El caso colombiano

Como lo hemos referido, plantear la relación entre la reparación y *compensación entre autor y víctima*, va íntimamente ligado con los programas de desjudicialización y con el principio de oportunidad.

En el caso colombiano, si bien en el C. del M., no se hace mención a este tipo de técnicas de “desviación”, no sucede lo mismo en la Ley 1098 de 2006. En efecto, en su artículo 173, se establece que la aplicación del principio de oportunidad puede dar lugar a la extinción de la acción penal, al igual que la conciliación y reparación integral de daños.

Seguidamente, el artículo 174 señala: “*Las autoridades judiciales deberán facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños, y tendrán como principio rector la aplicación preferente del principio de oportunidad. Éstas se realizarán con el consentimiento de ambas partes y se llevarán a cabo con una visión pedagógica y formativa mediante la cual el niño, la niña o el adolescente pueda tomar conciencia de las consecuencias de su actuación delictiva y de las responsabilidades que de ella se derivan. Así mismo, el conciliador buscará la reconciliación con la víctima (...)*”.

En razón de las anteriores normas, podemos plantear las siguientes ideas:

1) Pese a la aparente confusión que puede surgir del uso del término *conciliación* vinculado con la *reparación integral de daños*, los podemos entender en el sentido que arriba hemos referido. Conforme a lo anterior, se puede dar el caso de una vinculación de los conceptos de *conciliación*, *reparación*, *regulación del conflicto* y *mediación*.

De esta forma, la *reparación* debe ser entendida como la prestación voluntaria del infractor, la cual constituye el soporte a la regulación del conflicto en el que están involucrados el infractor y la víctima, quienes intervienen directamente en ese proceso con la ayuda de una instancia mediadora (*mediación*) cuya función radica en posibilitar la comunicación y adopción de acuerdos entre los intervinientes (*conciliación*).

De esta forma, parece estar definido el artículo 174 de la Ley 1098 de 2006. En efecto, se lleva a cabo un proceso de mediación que implica la presencia voluntaria de las partes y de un mediador o conciliador –*mediación*–, con el que se busca que se llegue a un acuerdo –*conciliación*– y se repare el daño lo cual involucra la responsabilización del menor con la toma de “*conciencia de su actuación delictiva*” y la responsabilidad que de ella deriva, buscando la reconciliación con la víctima –*reparación*–.

2) Conforme a lo anterior, la *reparación* no es entendida desde un aspecto del Derecho Penal material como “*tercera vía*”, pena o con

dependencia del sistema de penas, sino que tiene un efecto dentro del ámbito procesal que conlleva a la extinción de la acción penal.

De este modo, en el Código de la Infancia y la Adolescencia colombiano se opta por utilizar el principio de oportunidad y la conciliación y reparación como instrumento de desjudicialización. En Colombia a diferencia de lo que ocurre en la legislación Española –como por ejemplo el artículo 19 de la Ley Orgánica de Responsabilidad de Menores LO5/2000- no existe una disposición que prevea la mera *posibilidad* de que se dé el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, atendiendo a la falta de violencia o intimidación graves⁵⁵. Es decir, mientras que en España la reparación se maneja como un supuesto para aplicar el principio de oportunidad, en Colombia se regula como una causal aparte del principio de oportunidad. Así lo establece el artículo 173 de la Ley 1098 de 2006: “*Extinción de la acción penal. La acción penal se extingue por (...) conciliación y reparación integral de los daños cuando haya lugar, aplicación del principio de oportunidad (...)*”.

En efecto en Colombia, podemos manejar la reparación, dentro de un contexto de compensación autor- víctima que de plano opera en todos los casos. De esta manera la disposición del artículo 173 implica dos circunstancias. En primer lugar, no existe la discrecionalidad del funcionario para determinar en cada caso si opera o no la reparación, ya que en caso de que se dé en los términos del artículo 174, siempre operara.

De esta manera sólo es imprescindible que el proceso siga los lineamientos establecidos por la ley: 1. Un carácter voluntario – pues lo contrario desvirtuaría la propia institución⁵⁶ - 2. Se repare el daño, lo cual

⁵⁵ Artículo 19: “1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya concitado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado del delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe (...)” (la negrilla es nuestra). Tómese en cuenta que en el caso Español, aparece la conciliación como fin diverso a la reparación del daño.

⁵⁶ Sólo la reparación satisfecha voluntariamente potencia la compensación personal entre el delincuente y la víctima. En este sentido, PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación...*, p. 362, considera que la voluntariedad es necesaria ya que si no lo fuera, no habrían diferencias entre el Derecho Penal y el Civil, tendría el mismo contenido de lo exigido civilmente. Es así como el Derecho Penal se convertiría en un instrumento para satisfacer las pretensiones meramente indemnizatorias del perjudicado.

involucra la responsabilización del menor, con la toma de “conciencia de su actuación delictiva” y la responsabilidad que de ella deriva, buscando la reconciliación con la víctima.

En segundo lugar, según la redacción del artículo 173 y 174 de la Ley 1098 de 2006, no se limita a casos especialmente graves marcados por ejemplo por la violencia o intimidación graves sino que de plano opera en todos los casos.

3) Este sentido de la reparación, puede ser discutido por la afección a principios como la presunción de inocencia, tomando en cuenta que el menor asume las consecuencias de su actuación delictiva, sin que se hubiese probado por el Estado su culpabilidad. Dicho escollo ha sido cubierto por la doctrina argumentando que el asumir la responsabilidad no implica asumir su culpabilidad. El que la persona asuma su responsabilidad en las consecuencias lesivas del hecho, no conlleva necesariamente el reconocimiento de la culpabilidad jurídico-penal⁵⁷. Si bien es una respuesta que puede ser entendida desde el punto de vista teórico, parece difícil que se entienda su efectividad en la práctica.

4) Si se comparan la conciliación y la reparación del daño con los casos en que opera el principio de oportunidad, regulado en los artículos 173, 174 y 175 Ley 1098 de 2006, podemos deducir lo siguiente:

- La conciliación y la reparación del daño opera como causal para extinguir la acción penal en todos los casos, independientemente de la gravedad.
- Según el parágrafo del artículo 175 Ley 1098 de 2006, “No se aplicará el principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio”. Dicha disposición no deja de ser terriblemente contradictoria, si se toma en cuenta que el contenido del artículo 175 Ley 1098 de 2006 está dirigido a proteger al menor

⁵⁷ PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación...*, pp. 380, 381. La autora, señala que el principio de presunción de inocencia es una garantía instrumental del ejercicio del derecho fundamental a la defensa. En ejercicio del derecho de defensa se puede incluso renunciar a su ejercicio en el juicio oral, lo cual puede suponer consecuencias jurídicas graves. En razón de lo anterior, no puede afirmarse la vulneración del principio de presunción de inocencia, en el caso de que una persona sospechosa esté dispuesta a participar en un acto de conciliación y a partir de éste asuma la reparación. Ahora bien, el aceptar la reparación debe estar acompañado de ciertas garantías.

involucrado directa e indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas o cometidas por grupos al margen de la ley. En efecto, en virtud de lo anterior, la gran mayoría de conductas en las que se puedan encontrar involucrados los menores- dentro del contexto referido en el art. 175- pueden ser “*violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio*”, con lo cual se dejaría sin razón la aplicación de una norma que va directamente dirigida al menor como víctima del conflicto armado⁵⁸.

Ahora bien, independientemente de las anteriores críticas, lo cierto es que analizadas las instituciones de la conciliación y reparación del daño y el principio de oportunidad, una primera lectura nos podría conducir a entender que en los casos de “*violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio*”, sí podría aplicarse la extinción de la acción penal por conciliación y reparación del daño.

Las anteriores son sólo algunas ideas en torno a un tema que como lo hemos señalado tiene diversas aristas que lo hacen complejo, sobre todo si se toma en cuenta que a la sombra de las discusiones teóricas –no por esto menos necesarias- se esconden las verdaderas necesidades de nuestros millones de menores colombianos. No se trata aquí de hacer una disertación repetitiva sobre lo realmente importante, esto es, la necesidad de una comprometida política social con nuestros chicos. El Derecho Penal siempre ha sido una excelente salida para que el Estado evada el camino más difícil y costoso. Resulta fácil responder a todo con una carta de derechos que se queda en el papel. Ahora bien, nuestra labor como investigadores es aportar en la discusión jurídica colombiana.

A través de la reparación, se dibuja un *rostro diferente* en un Derecho que pese a su especial naturaleza es punitivo. Parece que en las actuales condiciones no podemos prescindir de tal carácter, por lo cual, remitirse a este tipo de instituciones implica reconocer sus falencias y la necesidad de buscar respuestas que maticen sus demoleadoras respuestas.

⁵⁸ Tómese igualmente en cuenta, la interesante apreciación de Castro Cuenca, Carlos Guillermo, notas inéditas, para quien el parágrafo del artículo 175 es impreciso al remitirse al Estatuto de Roma, ya que el mismo excluye su aplicación a menores.

Bibliografía

ALASTUEY DOBÓN, MARÍA CARMEN (2000), *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia, Tirant lo blanch.

ALBRECHT, PETER-ALEXIS (1990), *El derecho penal de menores*, BARCELONA, PPU.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN (1993), “Presente y futuro de la victimología”, en *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de Alternativas*, BUSTOS RAMÍREZ, JUAN / LAURRAURI, ELENA, Barcelona, PPU.

CAPPELAERE, GEERT y GRANDJEAN, ANNE (2000), *Niños privados de la libertad derechos y realidades*, Madrid, Ministerio de Trabajo y asuntos sociales y Comité Español UNICEF.

CERVELLÓ DONDERIS, VICENTA y COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN (2002), *La responsabilidad penal del menor de edad*, Madrid, Tecnos.

CHRISTIE, NILS, “Los Conflictos como Pertenencia”, en AA. VV, *De los Delitos y de las Víctimas*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1992; Dicho texto puede consultarse en <http://neopanopticum.blogspot.com/2005/11/christie-nils-los-conflictos-como.html> (consultado el 7 de mayo de 2008)

CÓRDOBA RODA, JUAN (2002), “La Ley de responsabilidad penal de los menores: aspectos críticos”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, No. 2, Barcelona.

CRUZ BLANCA, MARÍA JOSÉ (2002), *Derecho Penal de Menores (Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de menores)*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.

DE LEO, GAETANO Y DI TULLIO D’ELISIIS, MARIA STELLA (2002), “Il minore autore di reato”, en *Psicología giuridica* (DE LEO GAETANO Y PATRIZI, PATRIZIA).

DÍAZ CORTÉS, LINA MARIOLA, *Modelos de reacción penal frente al menor infractor en el Derecho positivo español y colombiano*, Bogotá, Temis en imprenta.

DÍAZ CORTÉS, LINA MARIOLA, (2004), “Reflexiones sobre la influencia de la ideología educativa en la reacción frente al menor infractor”, en *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, No. 73, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

_____ (2004), “El menor como sujeto de derechos: base para un modelo de responsabilidad penal”, en *Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo*, No.8, Bogotá, Legis.

GARÓFALO, RAFAEL (2002), *Indemnización a las víctimas del delito*, traducción Pedro Dorado Montero, Madrid, Analecta.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO (2003), *Tratado de criminología*, Valencia, Tirant lo blanch.

GARCÍA PÉREZ, OCTAVIO (1999), “Los actuales principios rectores del Derecho Penal Juvenil: un análisis crítico”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 3.

GIMENO SENDRA, VICENTE (1987), “Los procedimientos penales simplificados (Principio de oportunidad y proceso penal monitorio)”, en *Poder Judicial*, No. Especial II, Madrid.

GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL: “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores”, en *Tribunales de Justicia. Revista Española de Derecho Procesal*, No. 7, Julio 2000, La Ley.

GÓMEZ RECIO, FERNANDO (2003), “Sobre la sensación de impunidad de los menores de edad frente a la actual regulación penal”, en *Diario La Ley*, 9 de enero de 2003, numero 5693, La Ley, Madrid.

GORDILLO SANTANA (2007), LUIS F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Iustel.

HASSEMER, WINFRIED (1984), *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch.

HIGUERA GUIMERA, JUAN FELIPE (2003), *Derecho Penal Juvenil*, Barcelona, Bosch.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA (2004), *Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.

LARRAURI PIJOAN, ELENA (1997), “La reparación”, en *Penas alternativas a la prisión*, J. CID y E. LARRAURI (Coordinadores), Barcelona, Bosch.

_____ (1993), “Victimología: quienes son las víctimas, cuales sus derechos, cuales sus necesidades?” en “*Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de Alternativas*”, JUAN BUSTOS RAMÍREZ / ELENA LAURRAURI, , Barcelona, PPU.

LANDROVE DÍAZ, GERARDO (2001), *Derecho Penal de Menores*, Valencia, Tirant lo blanch.

LÁZARO GONZÁLEZ, ISABEL (2002), (Coord.), *Los menores en el Derecho español*, Madrid, Tecnos.

MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUÍS (2007), *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Granada, Comares.

MORENILLA ALLARD, PABLO (2007), *El proceso penal del menor*, Madrid, Colex.

ORTIZ ÚRCULO, JUAN CESÁREO, “El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites”, en <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL75.pdf> (consultado el 1 de mayo de 2008).

PÉREZ MACHIO, ANA ISABEL (2007), *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores – LO 8/2006- (Aspectos de Derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*, Valencia, Tirant lo blanch.

PÉREZ SANZBERRO (1999), *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Granada, Comares.

ROXIN, CLAUS, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, en *Revista Guatemalteca de Ciencias Penales*, No. 1, octubre de 1991.

SANTOS DÍAZ, LUÍS JAVIER, “El principio de oportunidad en la Ley Orgánica 5/2000. El desistimiento de la incoación del expediente por el Ministerio Fiscal”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 729/2007, BIB 2007\552.

SCHÜNEMANN BERND (2003): “Sistema del Derecho Penal y victimodogmática”, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, libro en homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Madrid, Tecnos.