

COMPENDIO DEL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO Y DE LA VIOLENCIA

JOSÉ IGNACIO UMBARILA RODRÍGUEZ



COMPENDIO DEL DERECHO
DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO
Y DE LA VIOLENCIA

JOSÉ IGNACIO UMBARILA RODRÍGUEZ

COMPENDIO DEL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO Y DE LA VIOLENCIA

**Constitucionalización internacional de sus derechos.
Imbricación con el derecho internacional de los derechos
humanos, derecho internacional humanitario, derecho
penal internacional y derecho comparado. Énfasis en
el sistema penal acusatorio, recursos ante organismos
internacionales, jurisprudencia internacional.**



Umbarila Rodríguez, José Ignacio

Compendio del derecho de las víctimas del delito y de la violencia
/ José Ignacio Umbarila Rodríguez. -- Bogotá : Grupo
Editorial Ibáñez, 2013.

352 p. ; 23 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN 978-958-749-257-6

1. Derechos humanos - Aspectos jurídicos 2. Protección de los
derechos humanos 3. Derecho internacional humanitario 4. Víctimas
de la violencia I. Tít.

323.4 cd 21 ed.

A1400726

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

© JOSÉ IGNACIO UMBARILA RODRIGUEZ

© GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ

Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur

Teléfonos: 2300731 - 2386035

Librería: Calle 12B N° 7-12 L.1

Tels.: 2835194 - 2847524

Bogotá, D.C. - Colombia

www.grupoeditorialibanez.com

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

ISBN 978-958-749-257-6

Diagramación electrónica: Deissy Alejandra Rodríguez

® 2013

A la memoria de las víctimas del delito y del abuso del poder para que el olvido, la indiferencia, insolidaridad de la sociedad; la impunidad e ineficacia de las autoridades estatales no agraven más su drama.

“No hay otra forma de alcanzar la eternidad que ahondando en el instante, ni otra forma de llegar a la universalidad que a través de la propia circunstancia: el hoy y aquí”.

Ernesto SÁBATO.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	19

PRIMERA PARTE INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO PENAL, INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL Y DEL DERECHO COMPARADO EN ESTE NUEVO PARADIGMA

CAPÍTULO I CUESTIONES PRELIMINARES

1. JUSTIFICACIÓN	25
2. OBJETIVOS	26
3. METODOLOGÍA A EMPLEAR	27

CAPÍTULO II DESARROLLO DEL CONCEPTO VÍCTIMA

1. VÍCTIMA DESDE EL SIGNIFICADO GRAMATICAL	30
1.1. VÍCTIMA Y SU CONTEXTO EN LA DEFINICIÓN	31
1.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO VÍCTIMA	34
2. VÍCTIMA DESDE EL ENFOQUE JURÍDICO TRADICIONAL	37
3. VÍCTIMA EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL ARTÍCULO 132 LEY 906, ARTÍCULO 5° LEY 975, ARTÍCULO 3° LEY 1448 DE 2011)	38
4. VÍCTIMA EN LA RESOLUCIÓN 0-5101 DE 2008	41
5. SIGNIFICACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL	42
6. SIGNIFICACIONES EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL	46
7. GLOSARIO DE TÉRMINOS FRECUENTES	47
8. CONCLUSIÓN	50

CAPÍTULO III VÍCTIMA COMO FIN DE LA NORMA PENAL Y PROCESAL PENAL

VÍCTIMA COMO FIN DE LA NORMA PENAL Y PROCESAL PENAL	51

CAPÍTULO IV VÍCTIMA EN LA TRADICIÓN JURÍDICO PENAL Y PROCESAL PENAL NACIONAL

1. ANTES Y AHORA DEL DERECHO VICTIMAL	63
2. EVOLUCIÓN JURÍDICA EN EL MARCO DEL DERECHO PENAL.....	65
2.1. NORMATIVIDAD PENAL HISPÁNICA.....	66
2.2. CÓDIGO PENAL DE LA NUEVA GRANADA	66
2.3. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1888 Y CÓDIGO PENAL DE 1890	67
2.3. CÓDIGO PENAL Y PENITENCIARIO DE 1936 (LEY 95)	72
2.4. DECRETO LEY 100 DE 1980.....	77
2.5. LEY 599 DE 2000.....	77
3. DESARROLLO EN EL MARCO DE LA LEY PROCESAL PENAL	82

SEGUNDA PARTE PLEXO DE GARANTÍAS DE LA VÍCTIMA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO E INTERNACIONAL; EVOLUCIÓN Y DIMENSIÓN DE LOS DIFERENTES INSTRUMENTOS Y ÓRGANOS INTERNACIONALES; DISCIPLINAS CIENTÍFICAS

CAPÍTULO I GARANTÍAS Y FACULTADES DE LA VÍCTIMA EN EL VIGENTE ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA	98
1.1. ANÁLISIS DE LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	101
1.2. ENMIENDA CONSTITUCIONAL ACTO LEGISLATIVO 06 DE 2011	104
2. MECANISMO DE TUTELA PARA LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS	105
3. MARCO LEGAL	106
3.1. LEY 906 DE 2004	106
3.1.1. <i>A manera de prefacio</i>	106
3.1.2. <i>Factores que originaron el cambio de paradigma</i>	107
3.1.3. <i>Estructura procesal penal de los derechos de la víctima</i>	122

3.2.	LEY 599 DEL 24 DE JUNIO DE 2000.....	162
3.3.	CÓDIGO CIVIL.....	163
3.4.	JURISDICCión CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	166
3.6.	JUSTICIA TRANSICIONAL.....	170

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA VICTIMAL EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y SU IMBRICACIÓN EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

1.	EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS, DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL.....	173
2.	BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, DISPOSITIVO SUPERIOR QUE RELACIONA LO DISPUESTO EN CONVENIOS SOBRE DERECHOS HUMANOS, DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL SOBRE PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO.....	175
3.	DOCUMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE DDHH Y DERECHO EXTRANJERO	177
3.1.	INSTRUMENTOS DE DERECHOS HUMANOS PRECURSORES EN EL TEMA VICTIMAL	178
3.2.	PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE 1966	179
3.3.	PRINCIPIOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO.....	180
3.3.1.	<i>Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder.....</i>	180
3.3.2.	<i>Manual sobre el uso y aplicación de la Declaración.....</i>	181
3.3.3.	<i>Guía para la elaboración de políticas.....</i>	181
3.3.4.	<i>Declaración y Programa de Acción de Viena</i>	181
3.3.5.	<i>Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz....</i>	182
3.4.	PARÁMETROS SOBRE LOS DERECHOS PARA LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD	183
3.4.1.	<i>Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos para la lucha contra la impunidad 1997.....</i>	183
3.4.2.	<i>Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.</i>	188
3.5.	PRINCIPIOS DE LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE EL DERECHO A LA VERDAD	190
3.6.	PRINCIPIOS Y DIRECTRICES BÁSICOS SOBRE EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES MANIFIESTAS DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y DE VIOLACIONES GRAVES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO A INTERPONER RECURSOS Y OBTENER REPARACIONES	191

3.7.	CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES	191
3.8.	BORRADOR SOBRE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE JUSTICIA Y APOYO A LAS VÍCTIMAS DEL DELITO Y ABUSO DEL PODER.....	192
4.	EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL	193
4.1.	BREVE RESEÑA	193
4.2.	CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	194
4.2.1.	<i>Estatuto de Roma y mecanismos de amparo a las víctimas del crimen</i>	194
4.2.2.	<i>Reglas de Procedimiento y Prueba y mecanismos de protección para las víctimas</i>	196
4.3.	CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO.....	200
4.3.1.	<i>Breve relato histórico de su implementación</i>	200
4.3.2.	<i>La Convención</i>	201
4.3.3.	<i>Estructura del tipo penal internacional de genocidio</i>	205
4.3.4.	<i>Algunos procesos y condenas emblemáticas por genocidio</i>	205
4.3.5.	<i>Precisiones terminológicas</i>	206
4.4.	CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD	206
4.4.1.	<i>Ubicación histórica y tipificación de los crímenes de lesa humanidad</i>	206
4.4.2.	<i>Origen y elementos del crimen de guerra</i>	209
4.4.3.	<i>La Convención</i>	210
5.	SISTEMA REGIONAL O INTERAMERICANO (EN ADELANTE SIDH) ...	210
5.1.	PRINCIPALES DOCUMENTOS EN EL PLANO REGIONAL	211
5.1.1.	<i>Carta de la OEA y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre</i>	211
5.1.2.	<i>Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica</i>	211
5.1.3.	<i>Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura</i>	212
5.1.4.	<i>Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas</i>	213
5.1.5.	<i>Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer o "Convención de Belem do Para"</i>	214
5.2.	ORGANISMOS PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL HEMISFERIO	214
5.3.	SÍNTESIS DE LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS DEL SIDH	214

CAPÍTULO III LA VÍCTIMA EN EL DERECHO COMPARADO

1.	SISTEMA CONTINENTAL EUROPEO	217
1.1.	LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOL	217

1.2.	ORDENANZA PROCESAL PENAL ALEMANA	220
1.2.1.	<i>Participación del ofendido:</i>	221
1.2.2.	<i>Reparación del ofendido:</i>	221
1.2.3.	<i>Cuando no asume el rol de actor privado o querellante adhesivo, tiene como facultades</i>	221
1.3.	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ITALIANO.....	222
2.	SISTEMA NORTEAMERICANO.....	222
2.1.	ESTADOS UNIDOS	222
2.2.	CANADÁ	226
3.	EN SUR AMÉRICA:	231
3.1.	CHILE.....	231
3.2.	ARGENTINA.....	233
4.	EN CENTROAMÉRICA.....	236
4.1.	ACCIÓN CIVIL EN LA LEY SALVADOREÑA	236
4.2.	CÓDIGO PROCESAL PENAL DE COSTA RICA.....	237

TERCERA PARTE
PRÁCTICA JUDICIAL DE LAS VÍCTIMAS
A NIVEL INTERNO, ANTE LOS ORGANISMOS
INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y ANTE EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

PRACTICA PARA LITIGANTES

1.	EN EL ÁMBITO INTERNO	244
1.1.	ASPECTOS A TENER EN CUENTA EN EL TRÁMITE DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL	244
1.1.1.	<i>Procedimentales</i>	245
1.1.2.	<i>Demostración de los perjuicios causados</i>	245
1.1.3.	<i>Quienes están obligados a reparar</i>	247
1.2.	CONTENIDO DE LA RECLAMACIÓN EN PERJUICIO	249
2.	PROTECCIÓN EN LAS INSTANCIAS INTERNACIONALES.....	263
2.1.	SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN	264
2.1.1.	<i>Derecho Internacional de los Derechos Humanos</i>	264
2.1.2.	<i>Tribunal Penal Internacional</i>	266
2.2.	SISTEMA INTERAMERICANO.....	273
2.2.1.	<i>Obligación de los estados de legislar en materia de derechos y libertades consagrados en la Convención y control de convencionalidad</i>	274
2.2.2.	<i>Órganos de Protección de los DDHHH en el Sistema Interamericano</i>	278

CUARTA PARTE
ALGUNAS DISCIPLINAS CIENTÍFICAS
QUE SE OCUPAN DE TEMAS FUNDAMENTALES
PARA LAS VÍCTIMAS, EPILOGO Y REFLEXIONES

CAPÍTULO I
VICTIMOLOGÍA
Y SU INCIDENCIA EN LA ACTUAL NORMATIVIDAD

1. CONSIDERACIONES INICIALES 287

2. APARICIÓN Y APORTES DE LA DISCIPLINA VICTIMOLÓGICA 290

3. NOCIÓN.....292

4. OBJETIVO.....292

5. GALERÍA DE FUNDADORES 294

6. TAXONOMÍAS.....296

7. ASPECTOS REALES QUE PERMITEN DIAGNOSTICAR
LA VICTIMIZACIÓN 300

CAPÍTULO II
DAÑO PSÍQUICO Y SU REPARACIÓN

1. CONTEXTUALIZACIÓN 303

2. DEFINICIÓN Y DIFERENCIA
ENTRE DAÑO PSÍQUICO Y DAÑO PSICOLÓGICO 304

3. OBJETO 305

CAPÍTULO III
VICTIMODOGMÁTICA

1. NOCIÓN.....309

2. REFLEXIÓN FINAL 311

CAPÍTULO IV
ACTUACIONES QUE REVICTIMIZAN

ACTUACIONES QUE REVICTIMIZAN..... 313

CAPÍTULO V ESTADO ACTUAL DEL DERECHO DE LAS VÍCTIMA

ESTADO ACTUAL DEL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS	319
OBSERVACIONES FINALES.....	327
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.....	333
REFERENCIA TEXTOS INTERNACIONALES Y JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS DE LA VÍCTIMAS EN EL MARCO DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	343
REFERENCIA DERECHO COMPARADO.....	347

INTRODUCCIÓN

Este trabajo investigativo tuvo inicio con el cambio de paradigma provocado en todo el ordenamiento jurídico nacional con la entrada gradual del sistema procesal oral; inicialmente con la Ley 906 de 2004 (actualmente en lo laboral, familia, en lo contencioso administrativo desde julio de 2012, por último con el código general del proceso) en la que se advertía una serie de omisiones legislativas en perjuicio del recurso judicial efectivo de las víctimas, su intervención se tornaba anodina, todo esto muy a pesar del cambio que se generó como respuesta en busca de romper con un sistema que se mostraba caduco frente a los nuevos retos de una delincuencia evolucionada y a las demandas de los afectados con el delito.

La indagación sobre el tema continuó con el análisis de los distintos instrumentos de derechos humanos, derecho internacional y derecho penal internacional; además de lo tributado por reconocidos tratadistas en diversos foros en los que tuvimos ocasión de intervenir.

Explicación que sirve para señalar que se realiza desde la óptica personal de quien escribe, posicionado únicamente desde la atalaya que le brinda ser miembro de una sociedad que ha sido estremecida durante largo tiempo por el fenómeno de la violencia proveniente de todos los sectores, colectividad que como fórmula para la reconciliación ha venido fusionando en el tema victimológico el pasado con el presente; que así mismo, ha edificado su propio saber independientemente del que le impusieron anteriores regímenes; precisión que permite comprender que las opiniones emitidas no comprometen ninguna posición institucional.

Solamente motivados potencialmente por el reto que significa la crisis que se advierte en el panorama nacional en materia de víctimas, momento que debe afrontarse desde un consenso social que permita abordar y satisfacer las exigencias de resarcimiento del derecho de todos los afectados por conductas punibles y la violencia desplegada por los distintos actores. Propuesta que debe sustentarse en la tutela judicial efectiva de las víctimas y que se reitera le compete a toda la colectividad en su condición de elemento constitutivo y esencial de un estado caracterizado como social de derecho.

De otra parte, en el campo del derecho procesal penal, se puede afirmar con elevada probabilidad de verdad, que son pocas las materias que presentan un estado de anacronismo y ambigüedad similar al de la participación de las víctimas en ese ámbito, a pesar de la existencia de una vasta legislación sobre la materia y de los compromisos del Estado colombiano con la comunidad internacional, situación que da al traste con la materialización del derecho de las víctimas.

Legislación recogida en infinidad de disposiciones según la materia de que se trate, que en un intento de resumir podemos conglobar en las siguientes leyes: 906 de 2004, 975 de 2005, 1098 de 2006; catálogo en el que incluiremos la ley 1448 de 2011 (por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones) y otras, que se caracterizan por ser involutivas en su teleología y se tornan en gravemente regresivas para los derechos de las víctimas.

Hipótesis que demostraremos en el devenir de este estudio, solamente para adelantar sobre la ineficacia e intrascendencia de esas leyes para tutelar el derecho de las víctimas, señalemos la realidad que nos muestran los resultados de la ley de “justicia y paz” después de más de siete (7) años de su entrada en vigencia: deficitaria en resultados de verdad, justicia y aún más en reparación.

Apartada desde su génesis de la axiología que caracteriza la justicia transicional, es obvio que desde esa errada plataforma, no ha logrado la desarticulación de las estructuras armadas ilegales que sólo mudaron de nombre (paramilitares a “Bacrim”) continuando con su violenta y nefítica influencia en varias zonas del territorio, acrecentando el fenómeno de la criminalidad y con él, el número de víctimas.

Esa ley se ha evidenciado más próxima a los intereses de quienes la promovieron, que en importante número coinciden con los promotores de la más grave violación masiva de derechos humanos en la era moderna de la historia de nuestro país y, lo que es peor continúan ejerciendo su influencia por medio de partidos políticos que a semejanza del grupo paramilitar con que se fortalecieron, varían de nombre para burlarse de la frágil memoria histórica de nuestra nación, perpetuando sus irregulares maniobras.

Sistema procesal penal que se torna involutivo igualmente a la luz de aspectos tan notorios que inician con la misma definición de víctima, noción que debe ser delimitada en el contexto interno para evitar que personas que no revisten esa calidad pretendan obtener indebidos beneficios patrimoniales

en detrimento de los recursos de toda una nación. Regresión que continua con la manifiesta intervención restringida de la víctima en el curso del proceso y que finaliza con la indefinición de la representación judicial de la víctima que carece de recursos económicos, circunstancia que plantea un hasta ahora insubsanable interrogante; asimismo, es regresiva si se mide por la operatividad del derecho de las víctimas cuando el transgresor es un menor o un adolescente, o cuando el infractor de la norma penal causante del daño y por extensión de un perjuicio carece de recursos o se insolventa.

Tratando de contribuir asertivamente en esta materia de tan perseverante actualidad y de candente polémica, que negativamente se consolida hasta la fecha en objeciones, desconfianza, duda que se ha formado a su alrededor, creando escepticismo por parte de la opinión pública, hemos emprendido este trabajo sin la pretensión de elaborar un tratado.

Objetivos buscados desde la articulación del derecho internacional público, con el derecho comparado y disciplinas científicas como la victimología, psicología jurídica, intento que se realiza desde un enfoque sistémico, generalizador no como una simple acumulación de información sino desde una perspectiva crítica.

Método que conduce a dar inicio con el planteamiento del problema, para continuar con la descripción de la víctima, seguidamente se realiza el desarrollo de la categoría víctima en el ordenamiento nacional desde un análisis histórico filosófico, atendiendo paralelamente la regulación internacional y las aportaciones hechas por otros saberes.

Para adentrarse posteriormente en el estudio del fenómeno en el derecho comparado, ejercicio que nos permite confrontar las debilidades evidenciadas en el ordenamiento normativo interno; para culminar, recapitulando el argumento principal para así ofrecer un texto con información útil para resolver problemas que presenta la práctica judicial, es decir, la presente investigación no sólo se agota en nociones académicas con claros propósitos cognoscitivos sobre el tema, sino además, procura aportar soluciones y mecanismos prácticos que den luces sobre el acceso de cualquier persona ante organismos jurisdiccionales nacionales e internacionales.

PRIMERA PARTE

INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL MARCO DEL ACTUAL PROCESO PENAL, INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL Y DEL DERECHO COMPARADO EN ESTE NUEVO PARADIGMA

Planteamiento, origen, evolución e influencia en el tema victimológico del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho penal internacional.

CAPÍTULO I

CUESTIONES PRELIMINARES

1. JUSTIFICACIÓN

El problema surge irrefutable en la paradoja que arroja la creación de toda una normativa sobre la materia desde el momento de la aparición del nuevo sistema procesal penal, que puesta a consideración de la opinión pública, pareciera mostrar que estamos frente a uno de los países más garantistas en cuanto al derecho de las víctimas, pero la práctica judicial demuestra la dificultad que ésta tiene para acceder a esos mecanismos debido a la indeterminación y ambigüedad de las mismas disposiciones normativas.

A pesar de que nuestra legislación ha intentado ajustar su ordenamiento jurídico a las obligaciones contraídas a través de los diferentes tratados suscritos y ratificados como de los lineamientos impuestos por otros instrumentos internacionales sobre derechos de las víctimas (declaraciones), estamos lejos de lograr un consenso sobre el acceso a la tutela judicial efectiva de esos derechos.

La práctica nos muestra, en primer lugar la dificultad que se le presenta a la víctima de encarar un sistema procesal penal con orientación acusatoria cuando carece de recursos económicos; por añadidura, en la mayoría de los casos no se le ofrece una adecuada información sobre el decurso del proceso en el que justamente se ventilan sus intereses; sumado la impotencia de ese interviniente para que se le reconozca tal calidad sin contar con un apoderado judicial; lo inane que resulta toda su participación en un proceso que difícilmente comprende y que si culmina con sentencia condenatoria no puede afrontar un incidente de reparación integral por no poder contratar un profesional idóneo que represente sus intereses; por último, se le ha diezariado su participación en la aducción y producción de la prueba

La víctima en ese entorno sólo es valiosa para el sistema así visto, como testigo de cargo. En el modelo acusatorio puro o formal, dada su naturaleza adversativa no se incluye a la víctima como interviniente pero

en cambio, sin importar los resultados se le asegura una indemnización equivalente en términos cuantificables al perjuicio sufrido.

Es igualmente precario el programa de protección de víctimas y asistencia a testigos creado para salvaguardar su integridad y la de sus familias, pues a pesar de la existencia de una ley (938 de 2004) y su reglamentación (Resolución 0-5101 de 2008) en la realidad no se cuenta con una adecuada implementación, situación notoria para la comunidad en general y en especial para víctimas, testigos e intervinientes que detectan que no se les ofrece ninguna seguridad, decidiendo en muchos casos no cooperar con las autoridades por temor.

Por lo tanto se impone revisar la normativa existente pero ante todo efectivizar la vigente si se quiere lograr un cambio de paradigma en el derecho de punir que salvaguarde no sólo las garantías del ofensor (tratados universales y regionales de derechos humanos), sino que con mayor ahínco, lo haga con los intereses del ofendido con el delito y de la violencia proveniente de distintos actores y del abuso del poder; un cambio de visión que evite las peticiones y demandas ante los organismos internacionales encargados de velar por la vigencia de los Derechos Humanos y sus consecuentes sentencias onerosas no sólo para la imagen internacional de nuestra nación sino también para las posibilidades de desarrollo que se ven frustradas por el pago de cuantiosísimas y reiteradas indemnizaciones.

2. OBJETIVOS

a. Objetivo general. El objeto de estudio como quedo dicho, se orienta a examinar si con la transición operada en el ordenamiento procesal penal colombiano, es decir, el paso de un proceso mixto caracterizado por instituciones inquisitoriales a uno encauzado por principio acusatorio, la intervención especial de la víctima se ha visto menguada en relación a las partes y el Ministerio Público en el trámite judicial o por el contrario ha sido fortalecido por las distintas disposiciones constitucionales y medidas legales (Ley 906 de 2004), además de normativas especiales (Ley 975 de 2005, Ley 1098 de 2006 y otras).

b. Objetivos específicos

- Proponer modelos basados en decisiones de política (criminal y social) sobre el tema que se caractericen en la sostenibilidad y no por la improvisación como ha ocurrido hasta ahora, que permitan en primer lugar garantizar el derecho de las víctimas y

en un momento posterior asegurar su reparación que trasciende el limitado concepto monetario.

- Proponer respecto de los eventos de vulneraciones masivas de derechos fundamentales, que ese proceso de restablecimiento se lleve a cabo con la participación de los ofensores y víctimas para que tomen parte activa conforme el artículo 2º supremo con el fin de que se recomponga el tejido social y se logre el valor justicia evitando los resultados negativos alcanzados hasta ahora por la ‘justicia transicional’ (Ley 975 de 2005).
- Mostrar y plantear posibles soluciones que aseguren el restablecimiento de las víctimas afectadas por los delitos y abuso del poder mediante mecanismos idóneos que en el derecho comparado han demostrado resultados deseables.
- Proveer de herramientas a los litigantes y a las víctimas para acceder a la administración de justicia interna como a los organismos internacionales encargados de la protección de los derechos humanos. -Situar este tema en el debate central de mesas interinstitucionales para avanzar en el camino de la reconstrucción de la identidad nacional en un marco democrático.
- Comprometer tal como lo sugiere la psicología social a toda la comunidad para que se sensibilice y afronte con responsabilidad el diseño de medidas y mecanismos que ayuden a disminuir la incidencia de la criminalidad, violencia y abuso de poder.
- Darle a la víctima su verdadera magnitud conforme al derecho fundamental que se erige en la base del actual estado, la dignidad.

3. METODOLOGÍA A EMPLEAR

Las técnicas seleccionadas no se limitan para adelantar la presente investigación en los métodos impuestos por la tradición, esto es, el dogmático que toma como fuente las normas mismas que no exigen nada distinto de desentrañar el sentido semántico y sintáctico de las prescripciones contenidas en ellas (examen lingüístico analítico), aunado a una pretendida hermenéutica que permite auscultar la teleología que inspiró al legislador, pues bien, tal técnica sólo conlleva a girar en rededor sin aportar un cambio en lo que se detecta como estático e incluso la mayoría de las veces involutivo, tal como se plantea en este estudio.

Intentando no reincidir en esa tendencia emplearemos métodos que conjuguen lo cognitivo con lo pragmático, basados en ese antecedente

reconocemos que la metodología propuesta debe ser pluralista en cuanto no debe regirse únicamente por el método deductivo propio del derecho, sino que requiere complementarse con el inductivo basado en el empirismo y la observación; soportado igualmente en lo fenomenológico, puesto que son los fenómenos contemplados de manera clara y real en un contexto social determinado los que permiten adoptar medidas tendientes al tratamiento de las víctimas y no incurrir en el reiterado error de olvidarlas cuando son sus derechos los que deben privilegiarse en cualquier disposición normativa que se adopte; por último, recurriremos al filosofía de la historia, pues es precisamente el análisis de los acontecimientos los que nos llevarán a las conclusiones.

CAPÍTULO II

DESARROLLO DEL CONCEPTO VÍCTIMA

“... el constituyente colombiano ha dado también un gran sentido al derecho de la víctima... en relación con los derechos del sujeto pasivo del hecho punible ha dejado un mandato inmodificable en el sentido de que los derechos de la víctima prevalecen sobre los de cualquier otro en relación con el marco jurídico procesal, incluyendo los que se dice tiene el imputado, y no sería para menos si se tiene en cuenta que la víctima, sin su voluntad, ha sido sometida a desmedros económicos y morales”.

El epígrafe nos guía inicialmente al análisis histórico y sistemático de la víctima en busca de dar contenidos coherentes sobre el sentido y contexto del término, proseguiremos luego con el estudio del origen y evolución en el campo del delito y del abuso del poder de la categoría víctima, para acercarnos con pretensión de claridad al objeto de estudio.

Se detecta que el concepto víctima en lo jurídico resulta ambiguo, pues comprende no sólo al sujeto pasivo del delito sino a las personas con alguna dependencia económica y afectiva de ésta como ocurre en la jurisdicción contenciosa administrativa, o lo que es peor, conforme a la regla contenida en el artículo 132 de la Ley 906, “que hayan sufrido algún daño”, indeterminación que suele causar confusiones y en no pocas oportunidades faculta a quienes no tienen ningún vínculo real con la víctima a obtener un injustificado beneficio.

Resulta claro entonces, que únicamente a partir del análisis del lenguaje se obtiene todo un repertorio de elementos que nos permite contextualizar la figura de la víctima desde distintos enfoques: cultural,

religioso, sociológico, político hasta llegar al jurídico, todo esto filtrado por el tamiz histórico.

En busca de la definición en el ámbito de lo jurídico, nos conduciremos a campos de indagación que dependen en gran medida de una acepción que a lo largo de la existencia de la humanidad se ha visto transformada por la evolución vivenciada en cada sociedad, atendiendo un regla de oro que se presenta en el proceso cognoscitivo, donde el presente y con mayor énfasis el futuro en el mundo de las ciencias sociales y humanas debe trazarse con fundamento en el conocimiento del pasado.

Por ello, tratando de evitar uno de los errores reiterados desde antaño por los teorizantes sobre la materia, que olvidando el preciso objeto de estudio, se han desgastado en polémicas bizantinas, iniciaremos nuestro marco teórico en el campo semántico para arribar luego al concepto jurídico y finalmente al jurisprudencial con miras a intentar algunas precisiones terminológicas:

1. VÍCTIMA DESDE EL SIGNIFICADO GRAMATICAL

El campo semántico de la acepción víctima nos lleva a proposiciones o enunciados sintéticos en los que se afirma tal condición de la persona o personas que sufren un daño, en tal sentido el Diccionario de la Real Academia define víctima como:

“(Del latín, víctima)

1. f. Persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio.
2. f. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra.
3. f. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita.
4. f. Persona que muere por culpa ajena o por accidente fortuito”¹.

La palabra como puede apreciarse es polisémica en cuanto tiene varias acepciones, tiene su origen en todos los cultos que han avivado los sentimientos religiosos del hombre.

De otra parte, predica que sujetos pueden ser víctimas, delimitada esa comprensión veamos los diferentes contextos en que se enmarca el vocablo víctima:

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed. Madrid: 2000.

1.1. VÍCTIMA Y SU CONTEXTO EN LA DEFINICIÓN

a) *Persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio*

La noción nos informa que la palabra víctima se identifica con el acto de sacrificio dentro de un ritual, lo que conlleva a que su procedencia la debamos buscar precisamente en el ámbito de las diferentes confesiones.

De esta manera, se aprecia de la definición en estudio, que la palabra víctima se equipara con el animal o persona destinada al sacrificio. El tercer libro del Pentateuco², Levítico, intitulado “*ofrendas de paz*”, perteneciente al Antiguo Testamento bíblico, constituye todo un catálogo de la costumbre primitiva y cruel del sacrificio de animales para complacer a Jehová.

El texto bíblico es terreno fértil en el campo victimológico, puesto que al parecer de los que lo escribieron, su inspirador era proclive a complacerse con ese tipo de ofrendas, en etapa posterior a la citada anteriormente, el sacrificio y victimización se dirige ahora a la inmolación de personas, mírese como probando la obediencia del patriarca Abraham Dios le dijo “Toma ahora tu hijo, tu único, Isaac , a quien amas y vete a tierra de Moriah, y ofrécelo allí en holocausto sobre uno de los montes que yo te diré”, continúa el relato “...extendió Abraham su mano y tomó el cuchillo para degollar a su hijo”³.

Costumbre mítica e irracional recreada ingeniosamente por el novelista portugués José Saramago (1922-2010) en su novela Caín: “Por la fe Abel ofreció a Dios un sacrificio mejor que el de Caín; por la fe, Dios mismo, al recibir sus dones, lo acreditó como justo; por ella sigue hablando después de muerto” (Hebreos 11, 4), despropósito que lleva a exclamar al autor: “qué diablo de Dios es éste que, para enaltecer a Abel, desprecia a Caín”⁴, trato deferente que condujo al acontecimiento bíblico del fratricidio (vocablo latino que significa *frater*, hermano y *cide*, matar) de Abel a manos de Caín.

² El *Pentateuco* (del griego “Las Cinco Cajas”, de *pente*, “cinco” y *téukhos*, “caja”, por los estuches cilíndricos donde se guardan, *enrollados*, los textos hebreos) es el conjunto formado por los cinco primeros libros de la *Biblia*, que la tradición atribuye al *patriarca* hebreo *Moisés*. Se corresponden con los que en la tradición hebrea forman la *Torá* –La Ley–, núcleo de la *religión judía*. Tomado de ed. electrónica, Wikipedia.

³ Génesis 22: 2:10

⁴ SARAMAGO, José. *Caín*, Bogotá: Alfaguara, 2009.

En el escenario histórico, vestigios del concepto víctima desde ese sentido gramatical de animal o persona destinada al sacrificio se encuentran en escritos de Julio Cesar que documentan acerca de la cruel costumbre druida –casta sacerdotal celta, intermediarios entre los mortales y los dioses– cuando hacia el año 55 A.C atemorizaron “a las legiones romanas durante la conquista de las Galias y es que las principales víctimas de estos sacrificios eran los prisioneros romanos. Solían usar el rito de “las tres muertes”, ritual que consistía en aplacar la ira de los tres dioses, Teutates, Esus y Taranis. Al primero se le aplacaba mediante la cremación de las víctimas, al segundo, mediante la suspensión de las mismas de los árboles (ahorcamiento), y al tercero, a través del ahogamiento, introduciendo preferiblemente a las víctimas en un gran caldero. Por todo esto, durante la guerra de las Galias, todo Druida que caía en manos romanas era ejecutado de inmediato haciéndolos casi desaparecer de la Galia y empujándolos hacia Britania donde subsistieron durante algún tiempo más hasta la llegada del cristianismo que los consideró demonios y persiguió hasta su casi total desaparición”⁵.

También, inmolaban a los animales tal como nos ilustra Plinio el viejo cuando relata uno de sus rituales: “*Tras haber preparado los sacrificios y los banquetes bajo los árboles, traen dos toros blancos cuyos cuernos han sido vendados. Con su túnica blanca un druida sube al árbol para cortar el muérdago con su hoz de oro, otros vestidos de la misma manera lo reciben. Después matan a los animales del sacrificio y rezan para que el dios les recompense esta ofrenda con sus dones*”⁶.

Trasladándonos al hemisferio boreal y mesoamericano, asiento de las civilizaciones precolombinas (aztecas, mayas), caracterizadas por una cosmogonía ampliamente ritualista en las que era común prácticas similares a las descritas en el texto bíblico, es decir, sacrificio de animales y de seres humanos para ofrendar a los dioses, hechos de los que dan cuenta los hallazgos antropológicos y arqueológicos, además de las crónicas españolas de la época; “el rasgo dominante de la religión centroamericana y concretamente la azteca es el sacrificio humano, en que ningún otro pueblo de la Tierra logró tan alto grado de especialización y refinamiento. Los dioses mexicanos nos aparecen como sedientos de sangre, lo que obligaba a toda clase de sacrificios...”⁷.

⁵ sites.google.com/site/mimundolasleyendas/.../los-druidas, consultado el 6 de agosto de 2010.

⁶ Wikipedia, consultado el 6 de agosto de 2010.

⁷ *Historia Universal*, T. XIV, Lima Perú: Salvat Editores, 2005, p. 94.

En dimensión similar se presentaban los ritos en la América meridional, hemisferio en que el sacrificio era fundamental en especial para la civilización inca, “predomina el sacrificio animal, la llama sobre todo, mientras los sacrificios humanos eran muy raros. Por lo general consistían en niños y doncellas en ocasión de un nuevo reinado y se les ahogaba o decapitaba”⁸.

En síntesis, se divisa que la religión, la mitología y escatología de los diferentes pueblos y la superstición eran terreno abonado para esa práctica cruel, es en ese escenario donde podemos encontrar una primera referencia de la víctima, detengámonos antes de finalizar este acápite aunque solo sea por un momento en la narración incomparable y erudita del brillante Voltaire:

Los hombres habrían sido felices si sólo los hubiese engañado; pero el tiempo, que unas veces corrompe las costumbres y otras las rectifica, dio lugar a que los sacerdotes, carniceros acostumbrados a la sangre, luego de haber hecho correr sobre los altares la sangre de los animales, pasaron de éstos a los hombres; y la superstición, hija desnaturalizada de la religión, se apartó de la pureza de su madre hasta el punto de forzar a los hombres a inmolar a sus propios hijos, bajo el pretexto que había que dar a Dios lo más querido.

(...) Estos abominables holocaustos se establecieron en casi toda la Tierra⁹.

b) *“Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra”*

No haremos mayor elucubración puesto que esta modalidad de la definición no es conducente para nuestro objeto de estudio.

c) *Los literales 3° y 4° de la noción en estudio, al aludir a las personas que sufren la muerte o daño por culpa ajena, evocan el citado principio civilista francés que funda la responsabilidad civil en la culpa*¹⁰.

Sentado lo anterior, se precisa desde luego, que para el presente estudio de todo éste amplio espectro, sólo nos interesa el contenido del tercer y cuarto literal referidos, en cuanto guardan relación con el sujeto

⁸ Id., p. 145.

⁹ VOLTAIRE, François Marie Arouet. *Filosofía de la Historia*, 2ª ed., Madrid: Tecnos, 2008, p. 175.

¹⁰ LE TORNEAU, Philippe. *La responsabilidad civil*. 3ª reimpresión, Bogotá: Legis, 2010, p. 27.

individual o colectivo que sufre un daño como consecuencia del ilícito que deriva en un perjuicio que debe ser reparado.

1.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO VÍCTIMA

El término víctima ha sufrido una notoria mutación en su tratamiento en el decurso del tiempo, hasta poder asegurar que ha trasegado un largo camino que inicia con la justicia privada caracterizada por la vindicta directa ilimitada del afectado por el hecho dañoso (la víctima o sus allegados); para posteriormente buscar una ponderación de la respuesta del afectado por el daño que le fuera infligido en la institución primigenia del talión, como una primera manifestación del derecho penal en el que la compensación se obtenía con la imposición de un mal al infractor de la ley equivalente al sufrido por la víctima; transición que desemboca en una etapa ulterior que apartaría durante mucho tiempo a la víctima hasta arribar a la actualmente conocida justicia pública que ha tenido buen cuidado de permitir el acceso de la víctima al proceso, recorrido que rememoraremos sucintamente:

1.2.1. En la edad temprana de la civilización, la denominada Edad Antigua, la víctima era protagonista de su propio proceso y como resultante del mismo, de la pena. Réplica lógica de un derecho penal que se consideraba privado y privado también el daño. La solución se encontraba en la venganza privada, en la vindicta personal a manos del mismo agredido cuando esto era posible, cuando no, a través de los familiares perjudicados con el delito, permisión que en muchas ocasiones acarrearba incluso la muerte del agresor.

Por el protagonismo que desempeñó la víctima en esta época, algunos autores han resuelto denominarla su “edad de oro”¹¹, correspondiendo a una etapa primitiva donde la categoría conceptual sociedad, se limitaba a la agrupación de los individuos en clanes o tribus.

1.2.2. Como frontera a esa respuesta desmedida por parte de la víctima, la evolución de esa formación tribal en periodo posterior en un Estado primigenio, fijó barreras contra la desproporción de la réplica al daño sufrido con el delito.

¹¹ SHAFER, en: *The Victim and his Criminal. A Study in functional responsibility*, New York; 1968 (Random House), citado por: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 38.

Los límites impuestos a la punición se fueron estructurando positivamente con las primeras codificaciones, ejemplo de ello es la realizada en Egipto, Asiria, y Babilonia capital de Mesopotamia en el reinado de Hammurabi¹² (1792-1750 a.c.), aproximadamente en el año 1760 a.c., compendio de normas que disciplinaban diversas actividades de esa colectividad, estatuto que dispuso en su prólogo:

...el principio de competencia penal de Estado mediante la máxima de haber establecido su Código para administrar justicia a sus súbditos. La impartición del castigo pasaba de ese modo a la plena jurisdicción estatal, con tribunales al efecto...

Todavía los ecos de la venganza de sangre, esto es, el derecho que asistía al individuo de castigar por su cuenta al ofensor, se encuentra en la Ley del Talión... sólo era aplicable cuando el ofensor o el ofendido pertenecían a la clase social superior. También las penas, tanto las económicas como las corporales, variaban según la categoría de la persona contra quien se hubiese cometido un delito¹³.

Es importante resaltar que en el contexto de la punición y restablecimiento del derecho conculcado a la víctima, se tenía en cuenta "... no solamente el hecho en sí, *sino también el daño producido*"¹⁴. (Cursiva y negrilla no son del texto).

Para concluir, en esa codificación se penaliza en una escala que guarda relación con el delito cometido, donde la base de esta gradación lo constituía la "ley del talión", variando el castigo según el tipo de delincuente y de víctima, es una aproximación a la ponderación entre la conducta lesiva y el correspondiente castigo, aunque suene insólito, constituyó una intento de humanización a la facultad desbordada que caracterizó la anterior etapa.

Esa gradación punitiva es acopiada en el Antiguo Testamento, en el leemos en el libro Éxodo bajo el epígrafe: *Leyes sobre la violencia* "El que hiere a alguno, haciéndole morir, él morirá... ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe"¹⁵.

Nótese como a pesar de morigerarse la crueldad de la intervención privada ilimitada en respuesta al daño inferido, donde la retribución era la medida de la justicia, no existía aún la categoría ciudadano simplemente

¹² LARA PEINADO, Federico, *Código de Hammurabi*. Madrid: Editora Nacional, 1982.

¹³ Id. p. 68.

¹⁴ Id. p. 68.

¹⁵ Éxodo 21: 12-24-25.

el súbdito al que se le podía infligir las medidas que se adoptarán sin más consideraciones; en cuanto a la víctima, el estado la va desplazando, su intervención se vuelve secundaria, va perdiendo protagonismo hasta desaparecer en épocas postreras.

1.2.2. En la baja Edad Media se diluye absolutamente el derecho de la víctima cuando la administración de justicia es monopolizada por el Estado, relegando al perjudicado con el delito, el soberano ungido directamente por la divinidad concentraba el poder secular y administraba “justicia”.

La época del oscurantismo se constituyó en una verdadera etapa de anonimato para la víctima y de horror para el infractor. Contribuyó a esa circunstancia el predominio de la iglesia católica por medio de su dogma sobre la población, desaparece por completo la justicia privada y radicalizan el monopolio estatal de la justicia en manos del monarca que desplazando a la víctima, aumentó sus posesiones e ingresos y los de los jerarcas del credo aludido.

El sistema implementado por este modelo de justicia se singularizo por emplear el recurso de la tortura para obtener la confesión con el fin de determinar la “verdad”, apropiarse de los bienes del procesado y desterrar a su familia, política que relevaba al sistema de tomar medidas para resarcir a la víctima.

1.2.4. El movimiento filosófico de la ilustración iniciado en el S. XVIII, como trasunto de todo el movimiento humanista, opuesto al absolutismo político y a los privilegios nobiliarios, en el que la razón da inicio a la Era Moderna y el derecho penal alcanza una nueva dimensión para el agresor más no para la víctima, es la época del influjo del racionalismo filosófico en todos los saberes, donde se privilegia al individualismo, el antropocentrismo alcanza su máxima expresión desplazando el teocentrismo.

1.2.5. Es sólo hasta después de la II Guerra Mundial que resurge la víctima, no sólo en el proceso penal, sino en todo el entramado socio-político de los Estados, impulsada por disciplinas como la victimología en respuesta a la exacerbación de la brutalidad que esa conflagración representó para millones de seres humanos.

Circunstancia que aunada al fracaso de la justicia tradicional, permitió arribar al sistema compositivo propio de la justicia restaurativa, práctica por demás antiquísima y originaria de antiguas civilizaciones, que se viene implementando en la cultura actual con positivos resultados, tema sobre el que volveremos más adelante.

2. VÍCTIMA DESDE EL ENFOQUE JURÍDICO TRADICIONAL

No existe un concepto unificado sobre la materia, sin embargo, se puede aportar por ser el más omnicompreensivo desde el punto de vista de quien sufre el daño, el siguiente:

“Persona que sufre violencia injusta en sí o en sus derechos// El sujeto pasivo del delito”¹⁶.

En términos generales, apunta a asimilar a la víctima con el sujeto pasivo del delito, esto dentro de la estructura de los tipos penales y como legitimación de la categoría dogmática del Bien Jurídico.

Prolegómeno surgido de ese concepto:

a) Con esa significación se hace referencia “a la persona que se ha visto lesionada objetivamente en forma de un bien jurídico protegido¹⁷ y que experimenta subjetivamente esa lesión con malestar o dolor (VON HENTIG 1962), se vuelve con ello en definitiva, —prescindiendo del elemento subjetivo—, a la doctrina de los bienes jurídicos del derecho penal y al concepto legal del delito”¹⁸.

b) Además, como puede apreciarse estrechaba el campo de la intervención únicamente a las personas que sufrían directamente el daño dejando por fuera a los perjudicados con la conducta antijurídica que dependían económica o emocionalmente del sujeto pasivo del punible.

c) De otra parte, solo comprendía a las personas individualmente consideradas, ignorando los intereses sociales o colectivos, que marcan en el campo de la teoría del bien jurídico otra categoría de esencial finalidad del derecho penal.

¹⁶ OSSORIO, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires-Argentina: Edit. Heliasta, 1982; p. 783.

¹⁷ Los antecedentes inmediatos de la teoría del bien jurídico, formulada por Birnbaum en 1834, estuvieron soportados en los llamados derechos subjetivos, expresión que sin duda alguna corresponde a un momento histórico de la evolución del concepto de derechos fundamentales. BARBOSA CASTILLO, Gerardo y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Bien jurídico y derechos fundamentales*. Universidad externado de Colombia, 1996; p. 15.

¹⁸ KAISER, Günther. *Estudios de psicología criminal*. vol. XVII. Madrid-España: Edit. Espasa, 1983, p. 94.

3. VÍCTIMA EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL
ARTÍCULO 132 LEY 906, ARTÍCULO 5º LEY 975,
ARTÍCULO 3º LEY 1448 DE 2011).

Estas definiciones legales encuentran su fuente en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de 1985, Resolución 40/34.

3.1. Efectuada esta precisión, la norma procesal penal definió la categoría jurídica de víctima como sigue: “Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto”.

Repárese que dicha significación fusiona las categorías jurídicas de víctima y perjudicado al tiempo que guarda íntima vinculación con los institutos jurídicos indicados en precedencia, sujeto pasivo y categoría del bien tutelado por el legislador con los distintos tipos penales.

Mírese también, que el concepto que predominó hasta antes de la reforma constitucional de 1991 resultó ampliamente superado, se puede afirmar que la acepción tradicional del afectado por la conducta delictiva ha trascendido de la persona individualmente considerada al ofendido transindividual, como en el evento del actor popular cuando la colectividad es la víctima, esto como resultado de la aceptación universal de los llamados derechos de tercera y hasta cuarta generación, donde los bienes jurídicos tutelados son los derechos de la solidaridad humana y los derechos de la sociedad tecnológica respectivamente¹⁹.

3.2. A su vez el artículo 5º de la Ley 975 de 2005 define víctima: *“Para los efectos de la presente ley se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley”*.

¹⁹ Llamados de tercera y cuarta generación, por corresponder a estadios históricos posteriores a los político- civiles y económicos, sociales y culturales, conocidos a su vez como de primera y segunda generación correspondientemente. Derechos que sólo son incorporados en la normatividad constitucional de 1991, desconocidos en la Carta de 1886.

3.3. La controvertida desde sus inicios Ley de víctimas ha dado una cobertura más extensa a la denominación de víctima. *La ley 1448 del 10 de junio de 2011 por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno* acopia en parte toda la línea evolutiva en materia de víctimas, normatividad que muestra como aspectos esenciales:

3.3.1. El artículo 1º establece el objeto: *La presente ley tiene por objeto establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3º de la presente ley, dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales*²⁰.

3.3.2. El artículo 3º enlista las reglas bajo las que se alcanza la calidad de víctima en ese preciso marco del conflicto armado interno:

Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

También son víctimas el cónyuge, compañero o compañera permanente, parejas del mismo sexo y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida. A falta de estas, lo serán los que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad ascendente.

De la misma forma, se consideran víctimas las personas que hayan sufrido un daño al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

La condición de víctima se adquiere con independencia de que se individualice, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.

Parágrafo 1º. *Cuando los miembros de la Fuerza Pública sean víctimas en los términos del presente artículo, su reparación económica*

²⁰ Ley 1448 de 2011, Artículo 1º.

corresponderá por todo concepto a la que tengan derecho de acuerdo al régimen especial que les sea aplicable. De la misma forma, tendrán derecho a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición señaladas en la presente ley.

Parágrafo 2º. *Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad.*

Para los efectos de la presente ley, el o la cónyuge, compañero o compañera permanente, o los parientes de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley serán considerados como víctimas directas por el daño sufrido en sus derechos en los términos del presente artículo, pero no como víctimas indirectas por el daño sufrido por los miembros de dichos grupos.

Parágrafo 3º. *Para los efectos de la definición contenida en el presente artículo, no serán considerados como víctimas quienes hayan sufrido un daño en sus derechos como consecuencia de actos de delincuencia común.*

Parágrafo 4º. *Las personas que hayan sido víctimas por hechos ocurridos antes del 1º de enero de 1985 tienen derecho a la verdad, medidas de reparación simbólica y a las garantías de no repetición previstas en la presente ley, como parte del conglomerado social y sin necesidad de que sean individualizadas.*

Parágrafo 5º. *La definición de víctima contemplada en el presente artículo, en ningún caso podrá interpretarse o presumir reconocimiento alguno de carácter político sobre los grupos terroristas y/o armados ilegales, que hayan ocasionado el daño al que se refiere como hecho victimizante la presente ley, en el marco del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos, de manera particular de lo establecido por el artículo tercero (3º) común a los Convenios de Ginebra de 1949. El ejercicio de las competencias y funciones que le corresponden en virtud de la Constitución, la ley y los reglamentos a las Fuerzas Armadas de combatir otros actores criminales, no se afectará en absoluto por las disposiciones contenidas en la presente ley.²¹*

De fácil comprensión pero difícil implementación resulta esa categorización de las víctimas de la violencia interna desde el 1º de enero de 1985, Ley que comprende a todos los sujetos actores en condición de

²¹ *Ibidem*, art. 3º.

infractores y a todas las víctimas directas e indirectas de ese conflicto, sin embargo, es prudente cerrar el marco para evitar que opositoristas y lo que es peor, oportunistas hagan insostenible esa política que busca cerrar viejas heridas fundamentada en la axiología de toda justicia transicional, alcanzar la paz y restablecer la democracia.

Para sustentar esta reflexión, pasamos a reproducir parte del comunicado de prensa de la Corte Constitucional que declaró condicionada la exequibilidad de la norma en comentario:

A partir de lo anterior concluyó la Corte que si una persona efectivamente ha sufrido daño como resultado de determinados hechos, comprendidos dentro de los supuestos previstos en el inciso 1º, situación que bien puede ser la de pareja y/o los parientes próximos de las personas directamente afectadas, no resulta factible entender que sólo por la vía del inciso 2º ella pudiera ser admitida como víctima, como lo afirmó el actor. Por el contrario, constató la Sala, que cualquier persona que ha sufrido daño como consecuencia de los hechos previstos en el inciso 1º puede invocar la calidad de víctima por la vía de ese mismo inciso 1º, con lo que en nada le afectarían las restricciones contenidas en el inciso 2º, que solamente favorece en los términos de la presunción allí establecida.

Sin embargo, ante la posibilidad de que el inciso segundo del artículo 3º parcialmente demandado sea entendido como una exclusión de la posibilidad de que otras personas distintas a las allí contempladas puedan acceder a los beneficios establecidos en la Ley 1448 de 2011, situación que vulneraría el derecho a la igualdad (art. 13 C. P.), la Corte procedió a declarar la exequibilidad condicionada de las expresiones normativas acusadas, contenidas en el citado inciso segundo, de manera que se entienda que también son víctimas aquellas personas que hubiera sufrido un daño en los términos del inciso primero de dicho artículo²².

4. VÍCTIMA EN LA RESOLUCIÓN 0-5101 DE 2008

Finalmente, debe mencionarse para efectos de precisión la definición que trae la Resolución 0-5101 de 2008 sobre programas de Protección de la Fiscalía General de la Nación "... entenderá por víctima, la persona natural que ha sufrido un daño directo como consecuencia de la conducta

²² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-052 del 8 de febrero de 2012, M.P. Nilson Pinilla.

punible y de cuya intervención procesal se deriva un riesgo extraordinario o extremo para su vida o integridad personal. (...)”.

5. SIGNIFICACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

5.1. Tomamos como soporte argumentativo, la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, origen de la visión contemporánea de la participación del agredido con el delito o abuso del poder, que dada su trascendencia se transcribirá en extenso para entenderla en su contexto; posteriormente será objeto de análisis teleológico, sistémico anejo con el derecho comparado en el presente trabajo.

A. Las víctimas de delitos

1. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

2. Podrá considerarse “víctima” a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “víctima” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico.

Detengámonos ahora en las medidas resarcitorias consagradas en la declaración:

Acceso a la justicia y trato justo:

4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia

y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

5. Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;

b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;

c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;

e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

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

2. Resarcimiento:

8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus

familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.

9. Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales.

10. En los casos en que se causen daños considerables al medio ambiente, el resarcimiento que se exija comprenderá, en la medida de lo posible, la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación cuando esos daños causen la disgregación de una comunidad.

11. Cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas.

3. Indemnización:

12. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:

a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves;

b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.

13. Se fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido.

4. Asistencia

14. Las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos.

15. Se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos.

16. Se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.

17. Al proporcionar servicios y asistencia a las víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a factores como los mencionados en el párrafo 3 supra.

B. Las víctimas del abuso de poder

18. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.

19. Los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios.

20. Los Estados considerarán la posibilidad de negociar tratados internacionales multilaterales relativos a las víctimas, definidas en el párrafo

21. Los Estados revisarán periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias

cambiantes, promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes por las cuales se prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico y se fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio²³.

5.2. *Definición de víctima en las Reglas de Procedimiento y Prueba*

Regla 85:

- a) Por “víctimas” se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte;
- b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios

6. SIGNIFICACIONES EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia en sus inicios definió la víctima, como la persona respecto de la cual se materializaba el injusto penal, identificándola con uno de los elementos que lo estructuran, con el sujeto pasivo del delito.

Precedente que escindió la categoría jurídica penal víctima, de la del perjudicado al definir a éste como “todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito. Obviamente, la víctima sufre también el daño, en ese sentido, es igualmente un perjudicado”.

De la misma manera, distingue la figura jurídica de la parte civil como aquella “que permite a las víctimas o perjudicados, dentro de los cuales se encuentran los sucesores de la víctima, participar como sujetos en el proceso penal. El carácter civil de la parte ha sido entendido en sentido meramente patrimonial, pero en realidad puede tener una connotación distinta puesto que refiere a la participación de miembros de la sociedad

²³ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

civil en un proceso conducido por el Estado. Así, la parte civil, en razón a criterios es la directa y legítimamente interesada en el curso y en los resultados del proceso penal, (...)”²⁴.

Esa línea jurisprudencial, sufrió un giro rotundo desde la sentencia C-228 de 2002, generando un precedente que respondió al problema jurídico que se le planteó al juez constitucional en el momento, formulando una regla jurisprudencial que fijo el contenido constitucional de los derechos de la víctima de una prerrogativa limitada a la obtención de la indemnización a la que le otorgaba la declaración de 1985: a la verdad, justicia y reparación, línea que ha sido reiterada y se encuentra consolidada en las sentencias C-1152 de 2005, C-209 de 2007, C-454 de 2006 y C-828 de 2010, C-651 de 2011 decisiones a las que acudiremos en todo lo extenso del trabajo.

7. GLOSARIO DE TÉRMINOS FRECUENTES

a) *Victimario.-*

Es aquel que produce el daño, sufrimiento o padecimiento de la víctima. Es incorrecto asimilar al victimario con el delincuente, pues se puede ser victimario por una acción u omisión que no sea antisocial o delictiva, es decir “victimario” es el género y delincuente es la “especie”.

En la autovictimización, las calidades de victimario y víctima se funden en una misma persona.

b) *Victimización.-*

“La victimización ha sido considerada como el resultado de una conducta antisocial contra un grupo o persona²⁵, o como el mecanismo por el cual una persona llega a convertirse en sujeto pasivo de un hecho punible”²⁶.

Por victimización criminal entendemos el fenómeno por el cual se deviene víctima por causa de una conducta antisocial.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-228 de 2002; M.P. Cepeda Espinosa Manuel y Montealegre Lynett Eduardo.

²⁵ FATAH, Ezzat, *a victime, est – elle o cupable?* Les presses de l’Université d Montreal, Canadá, 1971, citada por RODRIGUEZ MANZANERA Luis, p. 82.

²⁶ NIEVES, Héctor. *El comportamiento culpable de la víctima*, Universidad de Carabobo, Venezuela, 1973, p. 73, citado por RODRÍGUEZ MANZANERA Luis, p. 82.

b.1. Clasificación de la victimización

- *Victimización primaria*, la derivada de haber padecido un delito, que cuando va acompañado de violencia o experiencia personal con el autor suele ir acompañado de efectos que se mantienen en el tiempo y pueden ser físicos, psíquicos, económicos o de rechazo social.

Es el sujeto pasivo de un delito, que -no solo ha de enfrentarse con los perjuicios derivados de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido que conlleva el delito, sino que en muchos casos, acompañando a éste, se producen otra serie de efectos que inciden en la gravedad material del daño o perjuicio producido.

- *Victimización secundaria*, término acuñado por KHÜNE “para referirse a todas las agresiones psíquicas (no deliberadas pero efectivas) que la víctima recibe en su relación con los profesionales de los servicios sanitarios, policiales, o de la judicatura (interrogatorios, reconstrucción de los hechos, asistencia a los juicios, identificación de acusados, lentitud y demora en los procesos, etc.) así como los efectos del tratamiento informativo del suceso por parte de los medios de comunicación. Este hecho resulta especialmente destacable en el caso de las víctimas de violaciones o agresiones sexuales”²⁷.

Comprende la relación de la víctima con los sistemas policial y judicial.

Frente a la esta aceptada clase de victimización los Estados de la Unión Europea han adoptado disposiciones legislativas tendientes a brindar apoyo y asistencia a las víctimas:

Emblemáticas resultan Las Recomendaciones del Consejo de Europa No. 11 de 1985 (Comité de Ministros), que podemos sintetizar:

- Trato conforme a su condición por parte de autoridades,
- Ayudas materiales a las que tiene derecho,
- Interrogatorio que respete su dignidad humana.
- Protección adecuada a testigos,
- Información actuaciones procesales desde el primer momento.
- Ofrecimiento programas multidisciplinarios para apoyo y asistencia.

²⁷ www.institutodevictimologia.com; DOMÍNGUEZ, Antonio Severino. *Conceptos fundamentales de victimología*.

- *Victimización terciaria*, aquella que se produce por el cumplimiento de la condena en un centro carcelario y la consecuente estigmatización que recae sobre el condenado, o sobre terceros, como su pareja a consecuencia del distanciamiento que acarrea pero más dramáticamente sobre sus hijos, menores que generalmente quedan desprotegidos.

c) *Victimogénesis*.-

Estudio de los factores que predisponen a ciertos individuos de tener más riesgos que otros de ser objeto de delitos. Es la probabilidad de devenir víctimas de un delito y se determina conforme diversos criterios.

En la Ley 599, código penal de 2000 se encuentra todo un inventario de casos de victimogénesis, especialmente conductas delictivas realizadas contra menores de edad y las mujeres: Del abandono de menores y personas desvalidas art. 127; acceso carnal abusivo con menor de 14 años, art. 208; acto sexual con menor de 14 años, art. 209; estímulo de la prostitución de menores, art. 217; pornografía con menores, art. 218; mendicidad y tráfico de menores, art. 231, etc.

d) *Desvictimización*

Término empleado para significar el proceso de reparación, donde deben intervenir múltiples factores y actores sociales, reparación “entendida no sólo como indemnización de perjuicios, sino como reconocimiento social, asistencia y reintegración social. (...) Los actores implicados son, principalmente, el sistema de justicia penal, las fuerzas de seguridad, los servicios sociales y los profesionales sanitarios y de salud mental. Y como la victimización tiene una proyección social innegable en nuestros días, también intervienen en el proceso los responsables políticos, los medios de comunicación, las instituciones de apoyo a las víctimas, las asociantes de víctimas y familiares, etc”²⁸.

e) *Victimidad*

Para MENDELSON, la victimidad es la totalidad de las características socio-bio-psicológicas, comunes a todas las víctimas en general, que la sociedad desea prevenir y combatir, sin importar cuáles sean sus determinantes (criminales u otros factores).

²⁸ *Ídem*.

8. CONCLUSIÓN

Se genera el cambio de la dimensión de la víctima a partir de los instrumentos internacionales, de suerte que la tradicional diferenciación fuera dejada de lado en la nueva legislación como se observó en la norma transcrita donde los conceptos jurídicos víctima y perjudicado fueron unificados, dándole a la víctima una nueva condición en atención a la Declaración citada.

Esta moderna comprensión de quien sufre el daño nos demarca con nitidez quien está legitimado para reclamar ese menoscabo; pues bien, hasta aquí nada nuevo se ha agregado al concepto jurídico tradicional, lo que ha sido renovado es la expansión de atribución de calidad de víctima, cambio que amplifica el espectro de quién puede hacer efectivo ese derecho en el actual sistema procesal penal (también el administrativo) y sobre quiénes tienen el deber de reparar.

CAPÍTULO III

VÍCTIMA COMO FIN

DE LA NORMA PENAL Y PROCESAL PENAL

El Derecho Internacional Público como veremos más adelante ejerce su influjo en el ordenamiento jurídico de toda la comunidad internacional por medio del discurso de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del derecho Penal Internacional contenido actualmente en textos convencionales, así como también por las interpretaciones realizadas por los órganos competentes de las disposiciones de esos instrumentos; de tal suerte, que puede asegurarse que un gran número de los Estados que conforman las Naciones Unidas (193 para la fecha), se fundan en Constitucionales a partir de esa consideración, esa calidad implica que sus ordenamientos deben ajustarse a las directrices y lineamientos establecidos en esos documentos internacionales y en la correspondiente interpretación, lo cual ha llevado a expresar que el derecho internacional se encuentra constitucionalizado.

Premisa que impone el reconocimiento de la dignidad y garantías fundamentales a las partes e intervinientes en el proceso penal de los Estados, constelación que no se agota exclusivamente en la figura del infractor, análogamente, el derecho penal y su procedimiento deben suministrar medidas eficaces tendientes a obtener el restablecimiento del derecho de los afectados con la conducta punible, tal como se desprende en el orden jurídico interno del enunciado del artículo 229 superior, en virtud del cual se garantiza a toda persona el acceso a la administración de justicia.

En ese entendido, siempre será presupuesto para la vigencia, promoción y protección de los Derechos Humanos la coalición de estados democráticos en el marco de la comunidad internacional para el cumplimiento de ese propósito, otras formas de gobierno difícilmente harán énfasis en esta finalidad, por esto en el sistema regional se concretan todos estos principios en el siguiente postulado: *“La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las*

*libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos”*²⁹.

Reconocimiento que ha evolucionado internamente por conducto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nacional, retomaremos para la comprobación de este aserto la producción doctrinal desde la sentencia C-004/03 con ponencia de Eduardo Montealegre Lynnett, pronunciamiento donde se hace manifiesto que es propio de un Estado Social de Derecho fundado en principios medulares tales como la búsqueda de la justicia (Carta Política preámbulo y artículo 2o) y el acceso a la justicia (CP art. 229).

[e]l derecho procesal penal no sólo debe regular y controlar el poder sancionador del Estado en beneficio del acusado—esto es en función de quien padece el proceso— sino que debe también hacer efectivos los derechos de la víctima—esto es de quien ha padecido el delito—, puesto que ‘la víctima es verdaderamente la encarnación viviente del bien jurídico que busca ser protegido por la política criminal’³⁰.

En esa lenta dinámica del proceso penal de la víctima, jalonada por la jurisprudencia constitucional, encontramos como referente pretérito el salvamento de voto de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero, Antonio Barrera Carbonell y Fabio Morón Díaz de la sentencia C-293 de 1995, que sin duda debe ser considerado como el primer intento de reconocimiento del derecho de las víctimas ajustadas a la tendencia contemporánea cuando señaló:

La sentencia ignora los derechos constitucionales que, en un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (CP art. 1), tienen las víctimas y los perjudicados por los delitos. En efecto, si tales derechos fueran únicamente la reparación patrimonial del daño ocasionado por el hecho punible—como lo sugiere la sentencia—, entonces la participación de las víctimas y perjudicados en los procesos penales tendría un alcance puramente indemnizatorio. Los derechos constitucionales de los

²⁹ CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA, Asamblea General de la OEA, 11 de septiembre de 2001.

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-004 de 2003, M.P. Montealegre Lynnet Eduardo.

*perjudicados o las víctimas de los hechos punibles desbordan el campo indemnizatorio y tienen relación con otros valores constitucionales. A partir del sentido de una institución legal –la regulación de la parte civil por el Código de Procedimiento Penal– y de un cierto formalismo procesal en torno al inicio del proceso, la Corte ha desconocido los derechos constitucionales de las víctimas. Esta hermenéutica ha permitido que la regulación legal condicione el ejercicio de derechos constitucionales en vez de ser los principios constitucionales los que permitan determinar el sentido de las normas legales. Por eso nosotros creemos que la Corte debió partir de los derechos constitucionales de las víctimas y perjudicados, y a partir de ellos debió proceder a interpretar el sentido conforme a la Constitución de la parte civil en el procedimiento penal*³¹.

Línea jurisprudencial consolidada, en reciente decisión de la Corte, sentencia C-828 de 2010, que resolvió la demanda por la extinción de la acción penal por muerte del procesado, imputado o acusado en las dos legislaciones coexistentes (artículos 38 de la Ley 600 de 2000 y 77 de la Ley 906), condicionándola en el entendido que este hecho no suprime la garantía de protección de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación integral.

Decisión que comporta una medida de protección de los derechos de las víctimas, que aún va más allá, al enviar copia de la decisión al Congreso de la República para que tenga como elemento de juicio al momento de regular el tema de las víctimas.

Su *ratio decidendi* actualiza el cambio de visión sufrido en el nuevo modelo del proceso penal desde el cual:

el respeto y garantía de los derechos sustanciales de las víctimas se ha erigido en fines igualmente valiosos. En tal sentido, la actividad investigativa y sancionatoria también debe apuntar a la consecución de otros fines, tales como la materialización del derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Así mismo, en escenarios de justicia transicional, los fines del proceso penal se encaminan a (i) permitir un tránsito sea pleno o al menos parcial,

³¹ Acerca del mismo tema ver las sentencias C-740 de 2001, C-1149 de 2001, SU-1184 de 2001, T-1267 de 2001 y C-282 de 2002, que retoman las tesis sostenidas en el salvamento.

de una situación de anormalidad a una de tranquilidad; (ii) a que una determinada sociedad conozca quienes fueron los perpetradores y cómplices de las graves violaciones de derechos humanos y al derecho internacional humanitario; y (iii) a que las víctimas de tales crímenes obtengan justicia y reparación.

Más recientemente esa Corporación hace un razonamiento acerca de la dificultad que se presenta para las víctimas de materializar sus derechos en el marco del proceso penal cuando el sujeto activo del delito fallece, del siguiente tenor:

(...) que aunque la extinción de la acción penal por muerte del procesado, en manera alguna se extiende a la acción civil, existen ciertas dificultades prácticas que al momento de iniciarla o de emprender otra acción administrativa o judicial para obtener una reparación, debido a que carece de una sentencia penal en firme, en la cual se haga responsable al causante del daño ocasionado a las víctimas. Más aún, al margen de la reparación pecuniaria del daño, la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia, esto es a una reparación integral, puede dificultarse cuando el proceso penal termina con la muerte del procesado³².

Fue pues la jurisprudencia constitucional el escenario propicio donde comenzó a ampliarse el concepto monolítico del interés del ofendido con el delito en cuanto a su rol en el proceso penal, la reciente doctrina constitucional se apartó del longevo legado del *civil law* francés de 1804 del cual es tributaria nuestra ley, según el cual “(...) quien ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga”³³, disposición que le otorgaba a la víctima una sola finalidad en el proceso penal, la obtención de un reconocimiento de índole pecuniario.

Es necesario acotar acerca de esa proposición civilista que toma al delito como fuente de obligaciones, es una errónea fórmula jurídica, pues no es el delito el hecho generador, es el daño que ocasiona un perjuicio el que obliga a repararlo; el ilícito no gesta la acción civil, “esa responsabilidad

³² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-828, M.P. Humberto Sierra Porto, 20 de octubre de 2010.

³³ Artículo 2341 del código civil: “*Responsabilidad extracontractual*. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

no nace porque el hecho sea delito, sino porque el hecho produce el daño o porque el hecho implica un menoscabo patrimonial a la víctima³⁴, daño que se extiende a unos perjuicios que son los que el ofensor está legalmente obligado a reparar, aspecto que será desarrollado ampliamente.

Esa fórmula de estirpe civilista se encuentra revaluada, el movimiento victimológico ha posicionado a la víctima como núcleo de la problemática del delito confiriéndole un papel protagónico, su intervención en el proceso penal no se limita a la sola finalidad de obtener un reconocimiento de carácter resarcitorio, es decir, una pretensión de contenido económico exclusivamente, porque incluso en muchas ocasiones la víctima puede renunciar a ella, sus derechos trascienden esa sola expectativa tal como ha sido reconocido en el ámbito internacional.

La línea jurisprudencial citada encuentra su venero en el marco de las Naciones Unidas en la *Declaración sobre el Derecho de las Víctimas del Delito y del Abuso del Poder* del 29 de noviembre de 1985, instrumento internacional paradigmático a partir del cual se diseñan estrategias y políticas públicas al interior de los estados, pero que esencialmente obliga a estos a legislar en materia penal, procesal penal, administrativa, atendiendo claras directrices sobre reparación y asistencia integral de víctimas del delito y del abuso del poder.

Esta transición en el marco jurídico del derecho de las víctimas a nivel orbital, condujo a los ordenamientos jurídicos de los estados a ampliar su derecho no exclusivamente a la obtención de una reparación, sino también a conocer la verdad de lo sucedido y a que se impartiera justicia.

En Colombia, este cambio como quedo dicho se reportó primero por vía jurisprudencial con el salvamento de voto citado (equivocadamente los salvamentos de voto suelen considerarse como batallas pérdidas), se concretó en ese campo con la sentencia hito C-228 de 2002 que constituyó una revolución (parodiando a Thomas KUHN) en la tutela del derecho de las víctimas; trascendió en lo legal produciendo un giro jurídico con la reforma constitucional de 1991, pero precisando, es sólo desde la aparición de un sistema con principio acusatorio en la Ley 906 de 2004 que los intereses de la víctima del delito comienzan a trascender la mera reparación pecuniaria.

³⁴ MORENO CATENA Y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.

Esta nueva visión interna es sistémica e integral al contextualizarla con el tratamiento jurídico de las víctimas en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario (tema que trataremos en extenso en otro capítulo), brindándonos una plataforma desde la cual podemos afirmar que la evolución del concepto justicia para los afectados por el delito y la violencia ha trasegado un sinuoso recorrido en el escenario internacional, justicia que en nuestro país siempre estuvo mediada por el derecho penal importado del momento y sólo en épocas recientes, direccionada por las pautas de los tratados multilaterales que han conferido un reconocimiento integral en procura de la restitución al *statu quo ante*, pero que paradójicamente, la practica procesal ha tornado en involutiva.

En esta línea hallamos como fuente primaria del derecho de las víctimas, la constitución de 1991 que en el texto original del artículo 250 numeral 1º relacionaba en una fórmula sincrética que imponía a la Fiscalía “...tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito”³⁵, con la enmienda operada por el Acto Legislativo 03 de 2002 se reformula el derecho ofreciendo una gama ampliada de derechos, atención y asistencia al disponer que la Fiscalía deberá “Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito”³⁶.

Normativa suprema desarrollada por las Leyes 906 de 2004, 975 de 2005 y 1098 de 2006 que siguieron la ruta trazada por los lineamientos internacionales referidos, integrando una reparación omnicomprensiva que se refleja de manera particular en la ley 1098 denominada de Infancia y la Adolescencia, estatuto que en el artículo 50 instituye como *restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes:* “... la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados”³⁷.

³⁵ Constitución de 1991, Artículo 250 original.

³⁶ Acto legislativo 03 de 2002, Artículo 2º.

³⁷ Código de la Infancia y la Adolescencia, Artículo 50.

Restauración holística que se refleja en la normativa procesal penal (Ley 906 de 2004)³⁸ y en la justicia transicional³⁹ que han enlistado en tres derechos relevantes el tema de restauración o restablecimiento:

1. *El derecho a la verdad*, que consiste en la posibilidad de conocer lo que sucedió, quienes intervinieron en los hechos; en lo procesal, en buscar la relación entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.

2. *El derecho a que se haga justicia en el caso concreto*, es decir, el derecho a que se investigue, procese y juzgue a los autores o partícipes para impedir que se genere impunidad, para evitar que se anuncien “investigaciones exhaustivas” que distraigan a la opinión pública y

³⁸ Ley 906 de 2004, *Artículo 11. Derechos de las víctimas*. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.

En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

- a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno;
- b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor;
- c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código;
- e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas;
- f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto;
- g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar;
- h) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio; **Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la CORTE CONSTITUCIONAL, mediante Sentencia C-516 de 2007**
- i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley;
- j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos.

³⁹ Ley 975 del 25 de julio de 2005, Artículo 4º: *DERECHO A LA VERDAD, LA JUSTICIA Y LA REPARACIÓN Y DEBIDO PROCESO*. El proceso de reconciliación nacional al que dé lugar la presente ley, deberá *promover*; en todo caso, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y respetar el derecho al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados.

se desvíen las averiguaciones pertinentes por parte de las autoridades competentes, favoreciendo a los verdaderos perpetradores.

3. *El derecho a la reparación del daño* que se ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito⁴⁰.

Con base en estos planteamientos, de la correlación necesaria entre el derecho material y procesal penal, se extrae en primer lugar, que la finalidad del derecho penal tal como se le comprende hoy en día trasciende la sola protección de bienes jurídicos, integrándose con la finalidad de la restauración de los perjuicios irrogados a la víctima y/o a los perjudicados; en segundo lugar, a que esa concreción ha conllevado a que se ventilen dos tipos de acciones dentro de un mismo proceso, la acción penal y la acción civil, es decir, que en la práctica no existe un valladar entre el derecho penal y el derecho privado, entre pena y reparación, denotando tal conclusión que la víctima debe ocupar el mismo plano de atención que el victimario.

De esta forma han sido superadas las premisas elaboradas por la dogmática tradicional que sumieron a la víctima en el ostracismo, recordemos el juicio sobre la idea del fin del derecho penal en el que se justifica la imposición de la pena en la protección de bienes jurídicos por uno de sus más grandes sistematizadores, Franz VON LISZT (1851-1919), quien sembró la idea en su célebre obra "*La idea de fin del derecho penal*" (1881) o Programa de Marburgo, que la pena no era únicamente una respuesta retribucionista de la sociedad al delincuente, el pensamiento lisztiano supera ese juicio, el verdadero fin al imponer una pena es el de tutelar bienes jurídicos, intereses sociales.

⁴⁰ Para ampliar el concepto de la nueva mirada que se le da al derecho de las víctimas, se recomienda consultar entre otras la sentencia C-228 de 2002, M.P. Cepeda Espinosa Manuel José y Montealegre Lynett, Eduardo, interpretación jurisprudencial que aplica el concepto holístico desarrollado en el documento internacional sobre los principios fundamentales de justicia: la *Declaración de los derechos de las víctimas del delito y del abuso del poder*, resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985 en el que la comunidad internacional convino:

- El derecho a ser tratado con respeto y reconocimiento;
- El derecho a ser remitido a los servicios de apoyo apropiados;
- El derecho a recibir información acerca de la marcha del proceso;
- El derecho a estar presente y aportar información para la adopción de decisiones;
- El derecho a asistencia letrada;
- El derecho a la protección de su seguridad física y su privacidad;
- El derecho a recibir indemnización, tanto del perpetrador como del Estado.

Así se explican las oscilaciones y los tanteos en la legislación y en la administración de justicia, cuya energía está determinada por circunstancias exteriores y necesidades del momento. A pesar de todo, tal reconocimiento de la eficacia de la pena, aunque imperfecto, coloca precisamente tal efecto como objetivo; hace recurrir a la pena en aquellos casos en que ciertos bienes jurídicos precisan protección contra determinadas perturbaciones, y recurre a ella en la forma y en el grado necesarios para la protección de esos bienes jurídicos contra esos delitos; en fin, posibilita, para decirlo en una palabra, la adecuación, siquiera sea de nuevo sólo imperfecta e insegura, de la pena a la idea de fin. La pena se pone al servicio de la protección de los bienes jurídicos. No conozco ejemplo más concreto ni momento a la vez más importante e influyente de esta adecuación, que la lucha que debió sostener el ordenamiento jurídico medieval alemán contra los pícaros, estafadores y rufianes, que se transformaban proteicamente al mismo tiempo que mantenían inalterable su núcleo antisocial. Precisamente, por ello la historia del Derecho penal es la historia de los intereses que la humanidad eleva a bienes jurídicos, y el Derecho penal de un determinado período, el balance de su “debe” y “haber” sociales.

Así, la objetivación de la pena ha llevado a que tanto los presupuestos de su aplicación, como también el contenido y extensión de la reacción que aparece como pena, se determinen por y se subordinen al concepto de adecuación a fin.

No obstante todos los cambios en cuanto a las acciones que se designan como delitos, a pesar de la oscilación de la conformación y estructura del sistema de penas, cada vez se perfecciona más, en el curso de la evolución histórica, la adecuación de la pena a la idea de fin: constituir protección de bienes jurídicos. Y en tal desarrollo se nos prefigura el curso del progreso.

Así, pues, nuestros resultados podrían ser resumidos en estos términos: por autolimitación, el poder de castigar llega a ser Derecho penal (*jus puniendi*); por asunción de la idea de fin, la ciega e incontrolable reacción pasa a ser pena de Derecho; la acción instintiva, acción voluntaria. El poder estatal ha tornado en sus manos la espada de la justicia, para defender el ordenamiento jurídico contra el malhechor que atenta contra él⁴¹.

⁴¹ Von LISZT, Franz. *La idea de fin en el derecho penal*, México, Universidad Autónoma, 1994, versión en línea, p. 88.

Las teorías modernas más sofisticadas y elaboradas plantean la finalidad en la protección de la sociedad, donde la pena sólo intervendrá para mantener la paz social y la pena a imponer debe tomar como baremo la culpabilidad (Roxin “*Proyecto Alternativo de Código Penal Alemán de 1966*”), la pena como protección subsidiaria de bienes jurídicos y al bien jurídico como presupuesto de la punibilidad⁴², reglas desde las que plantea el autor alemán “...el defecto que le es propio a todas las teorías preventivas ... se remedia óptimamente mediante una prohibición de rebasamiento de la culpabilidad... la pena tampoco puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable una detención más prolongada...”⁴³, pero realmente estas afirmaciones no constituyen ningún avance de lo propuesto por el célebre maestro VON LISZT quien se anticipó a su tiempo y le dio al derecho penal la esencia y objeto que conserva en la actualidad con algunas matizaciones, lo importante es que esa visión reprimida del fin del derecho penal lleva a incluir desde ese aspecto legitimador del *ius puniendi* en la actualidad a la víctima como fin esencial del derecho penal.

No puede ser de otra forma, toda la estructura del derecho a punir por parte del Estado se justifica razonablemente desde la protección de determinados intereses valiosos para los individuos que integran un conglomerado social; se parte entonces de un concepto relacional, el derecho de un sujeto con respecto a un bien, de tal manera, que si se afecta ese bien, se genera un daño y por extensión un perjuicio al sujeto, por ello es notoria la categoría víctima como fin de la teoría de la pena; lo que logra este enfoque es hacer visible a la víctima, siempre en relación con el interés amparado por la norma penal, que a su vez encuentra su razón de ser en el bien a proteger.

El bien jurídico como fin es un concepto relacional en la medida que, “esa relación está sustancialmente (“en esencia”) orientada a la realización de la *libertad externa* de la persona en cuanto sujeto de derecho, es decir, a su *autonomía*, la cual no puede desarrollarse únicamente en una relación aislada del individuo consigo mismo, sino que también viene determinada e influida desde un primer momento por la *relación con otras personas*, en tanto las acciones de éstas pueden respetar la relación entendida como bien jurídico –y con ello al mismo

⁴² ROXIN, Claus. *Derecho penal Parte General*, Madrid: Edit. Civitas, 1997, p.13.

⁴³ *Ibidem*, p. 99.

tiempo al portador de ese bien—, pero también pueden atacarla por medio de actos lesivos o peligrosos y en esa medida ilícitos...⁴⁴.

En este estadio de nuestro estudio, se puede apreciar la amplia gama de perspectivas en las resultas del proceso que tiene el ofendido, sin embargo, surgen las siguientes reflexiones respecto a su resultado: *¿Está realmente garantizado su acceso, participación, protección y asistencia en nuestro medio?; están dadas las condiciones en la práctica forense que le permitan acceder a la verdad, justicia y reparación?*, o sólo es una construcción retórica, *pues el garantismo penal se predica casi exclusivamente del infractor de la norma penal, quedando marginado el agredido con el delito?*

Retomando lo expuesto, si de la reconocida correspondencia entre derecho sustantivo y formal penal se tiene que la finalidad del primero se orienta en la protección de bienes valiosos para la supervivencia de los individuos que forman una colectividad, este fin debe integrarse sistémicamente con el titular de dicho interés; en lo procesal se advierte, que no es menos cierto que la práctica judicial deja en manos de las partes la suerte del proceso y de contera de la víctima, resultando que el fallo obedece en algunas ocasiones al conocimiento y destreza de éstas en las técnicas de litigación, en otras a expensas de la subjetividad de un juez que todavía no ha asimilado su verdadero rol dentro de un sistema adversarial, frustrando con una abrupta decisión el derecho de las víctimas.

⁴⁴ SEHER, Gerhard. “La legitimación de las normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”. En: *La teoría del bien jurídico y el concepto del daño*, En *La teoría del bien jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 55.

CAPÍTULO IV

VÍCTIMA EN LA TRADICIÓN JURÍDICO PENAL Y PROCESAL PENAL NACIONAL

1. ANTES Y AHORA DEL DERECHO VICTIMAL

Plantear el antes y el ahora del derecho de las víctimas con la finalidad de despejar los interrogantes planteados desde el inicio mismo del trabajo nos lleva a utilizar el método histórico-jurídico, prevalidos de ese enfoque sistémico pasaremos a contrastar el tratamiento que se le dio con el que actualmente reciben los perjudicados con el delito y la violencia, para finalmente determinar si la transición ha redundado en beneficios o en detrimento de las garantías de ese especial interviniente.

Ubicados en el itinerario diseñado, lo primero que se advierte es que la figura de la parte civil estuvo presente en casi todas las codificaciones derogadas que rigieron la materia con particularidades supérstites en la coexistente ley 600 de 2000, con connotaciones similares y fines parecidos, señalando incluso quien debía o podía asumir su representación legal dentro del proceso penal.

El fundamento de la acción civil dentro del proceso penal ha sido ampliamente desarrollado a través de lo consagrado en la legislación interna, integrada tanto por normas de carácter sustantivo como procesal, para dar paso en la nueva codificación procesal penal al instituto jurídico de la reparación integral.

En el lento desarrollo del ordenamiento jurídico nacional sobre el tema, se creyó que con el cambio constitucional de 1991, debido a su contenido axiológico observable desde su preámbulo donde se aseguró a los integrantes de la nación colombiana entre otros valores: *“la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social”*⁴⁵,

⁴⁵ Constitución Política, Preámbulo.

además del reconocimiento de la dignidad de las personas como valor fundante del Estado Social de Derecho, el vuelco hacía un mayor respaldo jurídico del afectado con el delito iba a ser un hecho.

Empero, a pesar de ese contenido teleológico constitucional sumado a la principalística procesal⁴⁶, no operó el esperado cambio, razón por la cual el objetivo general de esta investigación se centra en demostrar que la actual legislación procesal penal va en contravía de los postulados constitucionales y principios aludidos, convirtiéndose en la práctica en un procedimiento limitativo del derecho de las víctimas.

Tal desmedro, torna el papel de la víctima en el actual proceso penal, en una simple intervención marginal, situación que se va dramáticamente intensificando si se tiene en cuenta que desde el tiempo transcurrido desde la publicación de la nueva ley procesal, agosto 31 de 2004, aún no se sabe quién representa a la víctima que carece de recursos económicos.

Si bien es cierto, el ordinal 3o del artículo 137⁴⁷ de la obra en cita, faculta que se seleccione un estudiante de consultorio jurídico, pero la jurisprudencia impide para los casos que son competencia de los jueces especializados esa representación; la Defensoría Pública por su parte, deniega tal asesoría, los jueces imponen al fiscal proveer un abogado con el argumento que es de su resorte tal obligación, generando hasta la fecha una insalvable ambigüedad, aspecto sobre el que se volverá más adelante⁴⁸.

⁴⁶ Para un estudio integral y sistemático, téngase en cuenta los 27 principios rectores del código procesal penal, en especial los consagrados en los Artículos: 1º. DIGNIDAD HUMANA, 3º PRELACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES, 4º igualdad, 11. DERECHO DE LAS VÍCTIMAS, 22. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, 26. PREVALENCIA, por ser el fundamento adjetivo para materializar sus intereses la víctima, tema sobre el que volveremos más adelante.

⁴⁷ Art. 137.- *Intervención de las víctimas*. Las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal, de acuerdo con las siguientes reglas:
3. Para el ejercicio de sus derechos no es obligatorio que las víctimas estén representadas por un abogado; sin embargo, a partir de la audiencia preparatoria y para intervenir tendrán que ser asistidas por un profesional del derecho o *estudiante de consultorio jurídico, de facultad de derecho debidamente aprobada*. (cursivas no son del texto).

⁴⁸ Para una mayor profundización sobre este aspecto véase: UMBARILA RODRIGUEZ, José Ignacio, “¿quién representa a la víctima en el nuevo proceso penal?”, en *Mecanismos judiciales y administrativos de protección de sujetos vulnerados*, Cátedra de Investigación Científica del Centro de Investigación en Política Criminal Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 213 a 247.

Tras el anterior diagnóstico se hace patente que realmente se regló el tema del ofendido con el delito valiéndose de una táctica distractora, empleando argumentos propios de un Estado constitucional de Derecho, para evitar que lo evidente quedara en evidencia, valga decir, que se tornaba en retrógrado el derecho de las víctimas.

Sustentados en ésta afirmación trataremos de escindir el presente acápite a partir de la observación cronológica de nuestro ordenamiento jurídico-penal, desde las primeras codificaciones hasta la fecha.

Enfatizaremos en el impacto ocasionado por la influencia de las doctrinas europeas en la formación de nuestro pensamiento jurídico procesal penal tradicional fusionado con instituciones del derecho angloamericano en el actual sistema.

2. EVOLUCIÓN JURÍDICA EN EL MARCO DEL DERECHO PENAL

A manera de breve proemio procederemos a parodiar al insigne maestro del derecho penal latinoamericano ZAFFARONI, en cuanto a la dudosa tendencia de codificación penal latinoamericana en la que ha predominado la adopción de modelos europeos en sus orígenes para arribar en la actualidad a un raro híbrido:

en toda la región una legislación penal especial que supera ampliamente la materia codificada y que se amontona en la vieja forma de las *recopiladas u ordenadas* coloniales...Se produce un grave proceso de descodificación de la legislación penal... en estas leyes cabe mencionar, por el particular desarrollo de los últimos lustros, las llamadas leyes antidrogas, con tipos, sanciones y normas procesales que ignoran todos los límites constitucionales e internacionales⁴⁹.

Esa comprensión explica la confusión reinante sobre diferentes temas del sistema con orientación acusatoria en especial con lo que tiene que ver con el tratamiento de la responsabilidad civil en los países hispanohablantes, mixtura que se explica por la dependencia del derecho penal de la región de los diferentes esquemas culturales pergeñados por las doctrinas de discusión en Europa que han enriquecido a través de su ininterrumpida disquisición dialéctica la cultura jurídica penal

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Pena Parte General*, Buenos Aires: Ediar, abril de 2006, p. 177.

continental (europea y latinoamericana), aunado actualmente con modificaciones en la materia provocadas con la intrusión del proceso con orientación acusatoria en casi todo el hemisferio latinoamericano que incorporó previamente, los estándares procedentes del derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y penal internacional.

La filosofía penetró el derecho penal produciéndose con la Revolución Francesa el advenimiento del derecho liberal y el nacimiento de la codificación, lógica manifestación del enciclopedismo emprendido por DIDEROT y D' ALAMBERT.

2.1. NORMATIVIDAD PENAL HISPÁNICA

De este panorama se tiene que en el interregno que va de las primeras manifestaciones de emancipación (movimiento comunero de 1781) que continuarían hasta conseguir la independencia (1810 a 1819) e incluso con posterioridad hasta 1837, los conflictos legales en la Gran Colombia y la Nueva Granada, se dirimían a través de la legislación española, signada desde 1812⁵⁰ por la Constitución de Cádiz (primera carta promulgada en la península ibérica) de corte liberal que concedida calidad de ciudadano en vez de súbditos del absolutismo a todos los individuos que se encontraban bajo su jurisdicción (españoles, criollos, indígenas y otros).

2.2. CÓDIGO PENAL DE LA NUEVA GRANADA

En 1837 se expide el Código Penal de la Nueva Granada de marcada influencia francesa con mantenimiento de lo español, inspirado en el Código de Napoleón de 1810 caracterizado por un corte eminentemente represivo que imponía penas draconianas (pena de muerte), al igual que del estatuto español de 1822. Deroga la ley hispánica imperante hasta ese momento, convirtiéndose en el primer código penal que conocemos expedido durante la presidencia de José Ignacio de Márquez quien sancionó la ley el 27 de junio de 1837.

Con referencia al tema de las víctimas estatuyó:

[c]omo penas subsidiarias, para favorecerla, que la condenación a las penas establecidas por la ley no excluya las restituciones y las

⁵⁰ Si se desean consultar antecedentes a ese instrumento, consúltense Leyes Nuevas de Indias, logro de Bartolomé de las Casas en 1542 y de Francisco de Vitoria para un mejor trato a los indios de la América española.

indemnizaciones por los daños y perjuicios ocasionados; establecía la obligación del fiador que consistía en satisfacer las costas, daños y perjuicios y en pagar una multa determinada en pesos; se condenaban de mancomunado y solidariamente a los autores, a los cómplices y a los auxiliares entre otros.

En aquel tiempo, la responsabilidad pecuniaria e indemnización de daños y perjuicios, procedentes de la acción criminal cometida por hijos de familia, por menores y pupilos, por esclavos y domésticos, se hacía efectiva de los bienes propios o peculios particulares de dichas personas, sin que aquellos de quienes dependían tuvieran más responsabilidad que la civil y subsidiaria en sus respectivos casos⁵¹.

2.3. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1888 Y CÓDIGO PENAL DE 1890

Corresponde a la etapa histórica de la escuela clásica o liberal del derecho penal, inspirada en el movimiento de la ilustración que tuvo su epicentro en el Reino Unido y Francia promovida por una galería de pensadores con Tomas Hobbes (1588-1679) a la cabeza, quien desde su defensa del absolutismo, basado en una forma de gobierno que debe ser ejercido por un soberano preferiblemente que detenta el poder del estado por medio de un contrato, en el que los individuos restringen su libertad, asociación que tiene como fin “el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica; es decir, el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que tal como hemos manifestado, es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres”⁵², intuye la coacción como premisa de protección de los hombres de lo contrario el hombre se torna en lobo para el hombre (*homo hominis lupus*) como reacción ante la frustración de no materializar sus intereses y aspiraciones.

Seguido por quien sin duda lideró el Ideario demoliberal, motor de las revoluciones que dieron paso al mundo moderno, John Locke (1632-1704), pensador que contrariamente al anterior sustenta el pacto y el origen del poder político en un estado de naturaleza en el que el hombre goza de ***“completa libertad para ordenar sus actos y para disponer de sus propiedades y personas*** como mejor le parezca, dentro de los límites

⁵¹ CERON ERASO, Leonardo Efraín. *La víctima: El protagonista desplazado del conflicto penal*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, p. 29.

⁵² HOBBS, Thomas. *Leviathan*, Bogotá: Skla, 21010, p. 135.

de la ley natural, sin necesidad de pedir permiso y sin depender de la voluntad de otra persona”.⁵³ (Énfasis fuera del texto), empero, así esa libertad haga parte de su estado natural “(...) no le confiere derecho a destruirse a sí mismo... El estado natural tiene una ley natural por la que se gobierna, y esa ley obliga a todos. La razón, que coincide con esa ley, enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla que siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones (...)”⁵⁴.

Proposiciones recogidas por la escuela clásica del derecho penal, como caso típico tenemos el principio del libre albedrío, resultando más notoria la comunicación del filósofo a la política criminal y el derecho penal de la época al bosquejar los linderos de la defensa social:

*Estas son las dos únicas razones por las que un hombre puede infligir a otro un daño, y a eso es a lo que llamamos castigo. El culpable, por el hecho de trasgredir la ley natural, viene a manifestar que con él no rige la ley de la razón y de la equidad común, que es la medida que Dios estableció para los actos de los hombres, mirando por su seguridad mutua; al hacerlo, se convierte en un peligro para el género humano. Al despreciar y quebrantar ese hombre el vínculo que ha de guardar a los hombres del daño y de la violencia, comete un atropello contra la especie toda y contra la paz y seguridad de la misma que la ley proporciona...*⁵⁵.

Continuando con el legado de la filosofía al derecho penal y a la conformación de esa primera escuela, encontramos ahora a David HUME (1711-1776), filósofo empirista con quien culmina la ilustración inglesa, de la experiencia encuentra las bases que le permiten la réplica al dogmatismo, erige su contractualismo en “la abstención de lo que los otros poseen se ha realizado y todos han adquirido la estabilidad en su posesión, surgen inmediatamente las ideas de justicia e injusticia, lo mismo que las de propiedad, derecho y obligación... Nuestra propiedad no es más que los bienes cuya constante posesión está establecida por las leyes de la sociedad, o sea por las leyes de la justicia(...)”⁵⁶, pacto que puede ser disuelto si no se cumplen los intereses de los asociados.

Ilustración que se traslada del Reino Unido a Alemania donde su máximo exponente, Immanuel KANT (1724-1804) generador del

⁵³ LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*, Barcelona: Orbis, 1983, p. 25.

⁵⁴ Id., p. 26.

⁵⁵ Id., p. 27

⁵⁶ HUME, David. *Tratado de la Naturaleza Humana*, México: Editorial Porrúa, 2005, p. 456.

movimiento denominado idealismo trascendental, se propuso legitimar la ciencia a partir de la conjunción entre la razón y la experiencia; en cuanto a la ley fue profuso en su obra “Fundamentación de la metafísica de las costumbres” en la que el imperativo categórico es por consiguiente único:

obra sólo según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal”⁵⁷, fórmula que rige todos los deberes del hombre que devienen del concepto antropológico del pensador hacia la condición del hombre como un fin en sí mismo. “Lo que el imperativo categórico ordena es obrar sólo en función de la ley, sólo por nuestra voluntad..., la libertad del hombre es condición de la posibilidad misma del imperativo categórico y de todos los principios morales. Si no fuera libre, no sería autónomo y carecería de sentido la presencia en la conciencia de un imperativo”⁵⁸.

Son libertad y moral los presupuestos del derecho y de la política; sobre la libertad del agente moral, traza el pensador alemán la responsabilidad del ser humano prescindiendo de cualquier coacción distinta a la que le impone su misma razón, imperativo categórico que se erige como condición que fundamenta toda la teoría de la escuela clásica del derecho penal y la facultad de la sociedad de penalizar a quien no atiende la ley, a quien no se sujeta al deber ser.

Para no extendernos en la aportación filosófica a esta etapa del derecho penal, terminaremos con Georg Wilhelm Friedrich HEGEL (1770-1831), exponente de la filosofía dialéctica, para el que la libertad es fundamento del derecho, teoría según la cual “El ámbito del derecho es en general lo *espiritual* y su lugar más exacto y su punto de partida la voluntad, que es libre de tal modo que la libertad constituye su sustancia y determinación, y el sistema del derecho es el reino de la libertad realizada, el mundo del espíritu producido a partir de él mismo como una segunda naturaleza”⁵⁹, con todo, este pensador no conforma el equipo de libre pensadores que caracterizó ese movimiento ilustrado, por el contrario, sus planteamientos fueron utilizados para fortalecer la teoría del estado, la supremacía de la voluntad pública sobre la voluntad individual.

⁵⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, versión en línea, consultada el 18 de enero de 2012.

⁵⁸ ATENCIA, José María; GAVILÁN, Juan; RODRÍGUEZ, Agustín. *Iniciación a la Historia de la Filosofía*, 2ª ed., Málaga: Editorial Agora, 1993, p. 237.

⁵⁹ HEGEL, G.W.F. *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Madrid: libertarias/Prodhufi, 1993, p. 96.

Desde estas construcciones filosóficas basadas en la razón humana, el derecho se posiciona para fundamentar la potestad del estado de punir determinadas conductas realizadas por individuos que gozaban ‘del libre albedrío’ pero injustificadamente decidieron actuar contrario a derecho, máximos exponentes Cesare BONESANA (marqués DE BECCARIA 1738-1794) autor de la obra fundante que recoge el ideario humanista y racionalista de la época, “*Del delito y de las Penas*” escrito en 1764, libro que vertebraba desde ese momento las disciplinas del derecho penal, la criminología y la política criminal.

Puede afirmarse que esta visión filosófica se constituyó en motor de cambio en todos los campos del saber; en la sistemática de la teoría del delito se evidencia a partir de los aportes de Gaetano FILANGIERI (1753-1788), Giovanni CARMIGNANI (1768-1847), Francesco CARRARA (1805-1888) en Italia y Paul Johann Anselm von FEUERBACH en Alemania, juristas que fijaron los presupuestos del derecho penal liberal, corriente que se caracteriza por:

Exponer como postulado nuclear, según el más insigne representante del clasicismo italiano, el maestro CARRARA, al delito como un ente jurídico, como una relación de contradicción entre el hecho del hombre y la ley, de éste se deriva toda una estructura que encuentra sus bases en el movimiento filosófico del racionalismo⁶⁰, iniciado por DESCARTES “que pretende fundar el nuevo orden social en la razón, como principio de legitimidad y como sustituto del arbitrio humano”⁶¹.

Pensamiento filosófico que en lo jurídico estructuró todo un movimiento que aún subsiste en algunas instituciones del derecho penal, singularizado por:

- El delito es una entidad jurídica que se compone de diversas fuerzas: morales y físicas.
- El derecho de castigar corresponde al Estado a título de tutela jurídica.
- Elemento esencial de responsabilidad era el de libre albedrío.
- El fin de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad.
- La pena es un contenido necesario del derecho.

⁶⁰ DESCARTES Renato (1596-1650), en su insigne obra *El discurso del método e hizo célebre su pensamiento “pienso luego existo”*, estructuró el conocimiento sobre la base de la razón.

⁶¹ GALLO, Héctor. *El sujeto criminal*, Universidad de Antioquia, 2007, p. 3.

- La Imputabilidad criminal tiene un fundamento moral.
- El método de investigación en el derecho penal es objetivo.
- La escuela clásica, establece la proporcionalidad entre el delito y las penas; excluyen las corporales e infamantes;
- Establece la libertad como estado natural del hombre restringido sólo por la ley, “ningún delito, ninguna pena sin previa ley.”⁶²

Descendiendo al código penal de 1890 encontramos que se fundamenta en esos postulados, orientándose por principios de tendencia liberal, mediatizado por los proyectos de MANZINI y ZANARDELLI italianos y de SILVELA en España⁶³, el primero de ellos inspirado por una ideología liberal de derechas, vinculada al criterio de la precisión y de la seguridad jurídica... su criterio informador fue el de la represión⁶⁴.

El pensamiento transformador que inspiró al liberalismo radical del siglo XIX representó un movimiento de vanguardia para su época y de cierta manera importó para nuestro medio los ideales que llevaron a la independencia norteamericana y a la revolución francesa, marcando un derrotero en garantías civiles con el liberalismo radical en nuestro entorno que finalmente cedió frente al llamado proceso de regeneración. Dicha transición conllevó a la adopción de la Constitución de 1886 y la necesidad de promulgación de un nuevo código penal.

Así nació la ley 19 ó Código Penal de 1890 con las tendencias de la escuela clásica, ampliamente comentado por el maestro José Vicente CONCHA, respecto del tema que nos ocupa, el autor en cita comienza por el análisis de cuáles son los medios dentro de las relaciones sociales, para sancionar el Derecho.

En el hecho la sociedad usa de tres procedimientos: a) obliga a la ejecución de lo que exige el derecho; b) *hace reparar el perjuicio que resulta de la violación del mismo Derecho*, y c) impone penas al que lo viola.

La distinción entre las lesiones del derecho y las injusticias punibles, no aparece inmediatamente en el origen de las sociedades. (...) el vulgo ve en toda violación del Derecho un delito, y reclama, en consecuencia, no sólo que se repare el mal causado, sino también

⁶² AGUDELO BETANCUR, Nodier. *La estructura del delito en el nuevo código penal*, Medellín: Ediciones nuevo foro, p. 19

⁶³ Cfr. REYES ECHANDIA, Alfonso. *Derecho Penal*, Bogotá: Temis, 1990, p. 24.

⁶⁴ Cfr. BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, Barcelona: Bosch Casa Editorial, S.A., 1977, p.78.

la aplicación de una pena a su autor. Ese sentimiento brutal, consagrado por las legislaciones bárbaras, es el que convierte casi todas las legislaciones del derecho en delitos punibles con pena privada, lo que desempeña en tales leyes el doble papel de las multas y de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios de las leyes modernas. La separación completa del Derecho privado y del penal, ó de la justicia reparativa y la criminal, es en las legislaciones modernas el término de una evolución que comenzó hace muchos siglos.

La aplicación de los primeros procederes para sancionar del derecho y hacer efectiva la obra de la justicia indemnizante, son sin disputa, facultades perfectas del poder social: nadie ha contradicho la legitimidad de su intervención en esta materia; pero ¿es legítimo el empleo del tercer proceder, la aplicación de la pena al autor de la lesión de un derecho? ¿Es una creación artificial de la sociedad la justicia penal? En otras palabras, el hecho que se repite desde hace tantos siglos, contemporáneo de las sociedades, en virtud del cual se priva a un individuo de su riqueza, de su libertad, y hasta de su vida, o sea de sus derechos más sagrados, es un abuso, ó es el ejercicio legítimo de un derecho social perfecto?⁶⁵ (Se resalta y subraya).

Estos interrogantes del otrora insigne autor nacional, son los mismos que generan todas las controversias en el interior del derecho penal y procesal penal nacional actual, verdaderas omisiones que no permiten adoptar una solución pacífica del problema como quiera que lo único que ha sufrido cambios desde la hegemonía de esa escuela y del código que inspirara, a la fecha, es la superación de la comprensión del delito como la sola infracción a la ley, pero converge en la limitación desde la política criminal que perfila la ley en materia criminal solo en la protección de bienes jurídicos postrando en el olvido el destino de la víctima.

2.3. CÓDIGO PENAL Y PENITENCIARIO DE 1936 (LEY 95)

Si el anterior estatuto tuvo como inspirador el movimiento de la ilustración que marcó una revolución en el conocimiento caracterizado por someter cualquier disciplina o ciencia al tamiz de la razón, el de 1936 se basaría en el movimiento positivista iniciado por Augusto COMTE (1798-1857) que radico el saber en “exaltar los hechos en contra de las

⁶⁵ CONCHA, José Vicente. *Tratado de Derecho Penal*, Librería Americana, Bogotá, 1907, pp. 14, y 15.

ideas, a resaltar las ciencias experimentales frente a las teóricas, y las leyes físicas y biológicas contra las construcciones filosóficas”⁶⁶.

Positivismo de corte sociológico en el conocimiento penal interpolado con la teoría darwiniana del evolucionismo, consolidado con los presupuestos provenientes de la doctrina filosófica de Herbert SPENCER (1820-1903) que percibió la evolución social de manera similar a la orgánica.

Creación teórica que puso en el piso todo el avance humanístico de la escuela clásica refundando la responsabilidad penal del individuo ya no en su capacidad de decisión sino en el sólo hecho de vivir en sociedad sin entrar en consideraciones de culpabilidad, lo cual permitía imponer la teoría de la defensa social como soporte de las sanciones y la peligrosidad social como medida de responsabilidad.

Premisa que impulso incluso a considerar penalmente responsables a los imputables e inimputables, infractores que se medían por el mismo rasero, diferenciándolos únicamente con respecto al tipo de sanción a imponer (pena o medida de seguridad), lo objetivo era la consideración de potencial amenaza contra la sociedad que facultaba a la defensa social con la sola supuesta manifestación de la personalidad del individuo ‘criminal’ (responsabilidad objetiva).

Este movimiento encontró piso firme en este hemisferio “desde que JIMÉNEZ DE ASÚA, en una conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia en Madrid en el año 1920, afirmó que ella constituía la base y fundamento para la responsabilidad penal. Para el maestro español, la peligrosidad criminal es un modo de ser de un sujeto, es un atributo, es una cualidad personal y más exactamente la condición psíquica de una persona como probable causa del delito”⁶⁷.

Escuela acogida en el derecho nacional a partir del entusiasmo que despertó en los estudiosos del derecho penal de la época (Jorge Eliecer Gaitán y otros) los planteamientos críticos a la escuela clásica efectuados por los representantes de la escuela italiana, Cesar LOMBROSO y sus seguidores Enrico FERRI y Rafael GAROFALO, furor que incluso en etapa pretérita llevara a afirmar a Franz VON LISZT lo siguiente:

También fuera de Alemania se generó el movimiento (refiriéndose al fin del derecho penal.) La joven “escuela antropológica”

⁶⁶ *Diccionario de Filosofía*, Bogotá: Editorial Panamericana, 2000, p. 453.

⁶⁷ MARIANETTI, José Enrique; MEJÍA, Omar y MOLES, Patricia. *La Pericia Psicológica*. 1ª reimpresión, Argentina: Ediciones jurídicas cuyo, 2003 p. 34.

de Italia, conducida por Lombroso, Ferri y Garófalo, que ha conquistado rápidamente adeptos ..., tomó la lucha contra la criminalística clásica, con juvenil ímpetu en la valoración de resultados apenas logrados ... Ella disputa al derecho penal el carácter de disciplina jurídica y lo transforma en una rama de la Sociología; desconfió de la eficacia de la pena y quiere remplazarla en una amplia extensión de su reciente dominio por medidas preventivas (sustitutivos penales); quita al proceso penal su estructura jurídica y lo transforma en un examen técnico psiquiátrico - antropológico, del delincuente; ve su principal tarea como la de la investigación de las causas de la delincuencia, y sus seguidores tanto jurídicos como médicos, compiten en investigaciones estadísticas y antropológicas⁶⁸.

En concreto, el estatuto siguiendo las premisas de la escuela positivista se aparta de los postulados de la escuela clásica desde la misma definición del delito “no como una abstracción jurídica, sino como acción humana, como hecho natural”⁶⁹, sustituyó el principio del libre albedrío por el del determinismo.

Consecuentemente, al principio jurídico de la responsabilidad moral, fundada en la voluntad libre y en la inteligencia normal humanas, esto es, en la culpabilidad por los actos cometidos, lo sustituyó por el de la responsabilidad social o legal de los individuos por el hecho de vivir en sociedad fundado en el solo derecho de defensa de ésta como organismo.

Como punto final de su dirección realista y como criterio regulador de la responsabilidad social del delincuente, la escuela positiva sustituyó, como fundamento de la sanción, al criterio objetivo de la entidad del delito, el subjetivo de la peligrosidad de los delincuentes, a los que clasificó en especies o tipos⁷⁰.

El código penal colombiano que cuenta hasta la fecha con una de las mayores vigencias, fue inspirado por las codificaciones italianas, substancialmente del código de ZANARDELLI (ministro de justicia) de 1889 y el proyecto FERRI.

El proyecto Ferri se concretó en 1921, resulta útil precisar que no llegó a convertirse en Ley, se ciñó a los principios de la defensa social

⁶⁸ VON LISZT, Frank, *La idea de fin en el derecho penal*, México: Universidad Nacional Autónoma, 1994, versión en línea, consultado 15 de febrero de 2012, p. 61.

⁶⁹ OMEBA.

⁷⁰ *Ibidem*.

que conduciría al avance del peligrosismo, corriente a través de la cual el delito se va desdibujando, pierde importancia por sí mismo. Como trasunto del proyecto de código italiano de 1921 de Ferri se minimiza aún más a la víctima, estatuto que limita el valor justicia a:

[e]n su sentido positivo, expresa el conjunto y la idea general de las sanciones sociales que, en todo tiempo y lugar, sea por la costumbre o la ley, pero siempre con una autoridad coactiva, fijan y protegen las reglas del derecho determinadas por las condiciones especiales de la defensa social...⁷¹.

El estatuto nacional que tuvo como fuente de inspiración esos postulados, entró en vigor en el año de 1938 en el primer período presidencial del liberal Alfonso López Pumarejo, signado por un corte autoritario, contextualizado para el Estado intervencionista de la época en el que imponía su hegemonía la rama ejecutiva del poder público que quería asumir todos los roles en lo jurídico se mostraba desprecio por las partes y justificando la punición por el sólo concepto de autor apartado del de acto, al respecto transcribiremos lo dicho por ZAFFARONI:

Del mismo modo desaparece la pena bajo el piadoso nombre de sanción y el delito pierde su carácter de conflicto, para quedar reducido a un síntoma en que no solo se desprecia y degrada al autor, sino también a la víctima, prohibida de interferir en la acción defensiva del estado, que no lo hace en el nombre de sus intereses individuales, sino en el de la sociedad necesitada de defensa. Al cuerpo se sacrifica al infractor y a su víctima, como meras células. La máxima demolición del derecho penal y el más bajo momento pensante de la teoría penal se alcanzan con el positivismo peligrosista⁷². (Se resalta y subraya).

Sobre la influencia de esa corriente del pensamiento jurídico en la composición del texto normativo en cita, respecto al tema de las víctimas nos remite al contenido de los artículos 92, 93, 94 y 95, normas que dieron al Estado el carácter de sujeto activo de la acción privada o civil desplazando a la persona perjudicada con el daño producido por el delito.

En cuanto a las medidas encaminadas a la reparación siguió la doctrina pregonada por Enrico FERRI, autor que dijo:

⁷¹ FERRI, Enrique. *Sociología Criminal*, Bogotá: Leyer, 2007, p. 340.

⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La codificación penal latinoamericana*, Revista de Derecho Penal No. 9, Edit. Leyer, Octubre-Noviembre de 1998, p. 51.

En la defensa social contra la delincuencia ocupan, por tanto, un puesto importante las medidas reparadoras que, en unión de las medidas preventivas del delito, han sido hasta ahora demasiado olvidadas, en comparación con las medidas eliminadoras y represivas.

Y como quiera que todas esas medidas de defensa social contra el delito son de interés público, resulta evidente el concepto jurídico, sosteniendo desde los comienzos de la Escuela Criminal Positiva, de que la obligación del delincuente al resarcimiento del daño, no es sólo de derecho privado, ... sino que esencialmente y siempre es de derecho público. Por ello debe ser función del Estado, como lo es la prevención y la represión de los delitos⁷³.

En ese mismo sentido, es decir, la desventajosa situación para la víctima en el citado sistema procesal penal a través de las doctrinas planteadas por la escuela positiva del derecho, el autor argentino MAIER Julio B., selló:

Fue el positivismo criminológico el que rescató la cuestión de una manera impropia, cuando, sobre todo por intermedio de FERRI, incluyó a la víctima y a la reparación entre las funciones y tareas del derecho penal; más allá aún la pena integral comprendía la reparación de los daños y ésta era, como aquélla, perseguida oficialmente, sin consideración a la víctima. La idea se frustró, al parecer, por ese empecinamiento de positivismo criminológico en socializar en extremo las instituciones, de transformarlas en funciones estatales, sin advertir los intereses privados en juego y la justicia de su defensa personal⁷⁴.

Como se desprende del texto aludido, la reparación correspondía al derecho público y por ende debía ser función del Estado, razonamiento propio de los postulados de esa escuela fue la consagración del principio según el cual siempre debía condenarse en la sentencia penal a los perjuicios que se hubieren causado con el delito, desconociendo de forma errónea que la parte civil correspondía y corresponde a la parte perjudicada con el delito y no al Estado, ciñéndose en todo a la doctrina desarrollada por FERRI.

⁷³ FERRI, Enrico. *Sociología Criminal*. Madrid: Ed. Centro Editor de Góngora, citado por MAIER.

⁷⁴ MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal*, T. II, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 584.

En otras palabras, a través de ese estatuto se convirtió una acción que por su naturaleza es privada, en pública, en una función social, función que como lo señalaba el mencionado autor: “está confiada de oficio al ministerio Público durante el proceso, a los jueces en la condena, y a la administración carcelaria en la oportuna retribución del trabajo penitenciario y en las propuestas de liberación condicional”⁷⁵.

De esta manera nuestra justicia penal conoció un régimen que descendiendo del terreno ganado por la escuela clásica de clara orientación humanista, empleando un pretendido método basado en la observación (inductivo) explicaba el delito como una patología y al delincuente como un enfermo del que la sociedad tenía derecho a defenderse, individuo que encarnaba una potencial amenaza para la sociedad, amenaza que imponía el uso de la coacción y del castigo casi indeterminado, limitando de paso la potestad de la víctima y otorgándole relevancia solamente para potenciar las medidas y la defensa social contra el infractor.

2.4. DECRETO LEY 100 DE 1980

Estatuto que retomó la filosofía liberal de derechos del código italiano de ZANARDELLI de 1889 que inspirara el estatuto punitivo colombiano de 1890, fundado en la seguridad jurídica y en las medidas represivas.

Consagró en el *Título VI* de la parte general, la responsabilidad civil derivada del hecho punible.

2.5. LEY 599 DE 2000

Si precisábamos con desenvoltura la escuela en la que se encontraban adscritos los anteriores estatutos, no podemos asegurar lo mismo con respecto al actual, esto teniendo en cuenta que es absolutamente sincrético, puede fácilmente observarse que en su parte general adopta postulados y teorías de las escuelas clásica, positiva, finalista y funcionalista.

En cuanto los derechos y garantías otorgadas a la víctima, la responsabilidad civil derivada de la conducta punible se encuentra en el libro primero I que comprende la parte general, Capítulo VI, Título IV (de las consecuencias jurídicas de la conducta punible); en el presente

⁷⁵ Proyecto de Código Penal, que recogió casi de manera textual el proyecto de Ferri para Italia de 1921.

trabajo se analizaran los artículos 63 y 64 que fueron reformados por la ley 890 de 2004 y del 68 A adicionado por el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, modificado por el artículo 13 de la Ley 1474 de 2011, normas que se compendian en el capítulo III del Título IV sobre los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

El énfasis en dichas normas nace de aspectos relevantes de dos de las especies que conforman el derecho de las víctimas (justicia y reparación), circunstancia dilucidada por la Corte mediante sentencia C-823 de 2005 que condicionó el subrogado penal de suspensión condicional de ejecución de la pena a que: “Su concesión estará supeditada al pago total de la multa”⁷⁶.

De donde el texto del artículo 63 del Código Penal es el siguiente:

Suspensión condicional de la ejecución de la pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.
2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad concurrentes con ésta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, se exigirá su cumplimiento.

En similar sentido, del nuevo texto del artículo 64 del Código Penal se desprende que el pago total de la reparación a la víctima es presupuesto para la concesión del subrogado de libertad condicional. Las expresiones “en todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa y de la reparación a la víctima” no permiten otra interpretación pues el significado gramatical de los verbos allí utilizados, a saber, conceder y supeditada de acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (21a. ed. pp. 529 y 1919) conceder significa “Dar, otorgar” en tanto que supeditar significa: “...3 subordinar una cosa a

⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-823 de 2005, M.P. Dr. Tafur Galvis Álvaro.

otra; 4. condicionar una cosa al cumplimiento de otra” así claramente lo indican.

Artículo 5° Ley 890 dispuso: *El artículo 64 del Código Penal quedará así:*

Artículo 64. Libertad condicional. El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad *previa valoración de la gravedad de la conducta punible*, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la pena y su buena conducta durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena. En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa y de la reparación a la víctima. Texto subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante *Sentencia C-194 de 2005*, en el entendido de que dicha valoración deberá atenerse a los términos en que fue evaluada la gravedad de la conducta en la sentencia condenatoria por parte del juez de la causa.

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como período de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto.

Así, ha de entenderse entonces que en relación con dicho subrogado el numeral 3 del artículo 65 del Código Penal guarda entera vigencia y que la obligación de reparar los daños ocasionados con el delito, a menos que se demuestre que se está en imposibilidad económica de hacerlo” se mantiene como un requisito que surge como consecuencia de la concesión del subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena pero que no es presupuesto para poder otorgarlo.

Para el caso del subrogado de libertad condicional regulado por el artículo 64 del Código Penal tal como quedó modificado por el artículo 5° de la Ley 890 de 2004 la situación es distinta, como se ha visto, y es precisamente respecto de la misma que corresponde a la Corte proceder a efectuar el análisis de los cargos planteados por el demandante⁷⁷.

Pero esta norma fue modificada nuevamente por el artículo 25 de la Ley 1453 de 2011, el texto actualizado es como sigue: *Artículo 64. Libertad condicional.*

⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-823 de 2005, Tafur Galvis Álvaro.

El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad previa valoración de la gravedad de la conducta punible, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la pena y su buena conducta durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena. En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa y de la reparación a la víctima o se asegure el pago de ambas mediante garantía personal, prendaria, bancaria o mediante acuerdo de pago.

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como período de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto.

Parágrafo. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurren los presupuestos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 38 de la Ley 599 de 2000, siempre que la pena impuesta no sea por delitos de genocidio, contra el Derecho Internacional Humanitario, desaparición forzada, secuestro extorsivo, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de menores de edad, uso de menores de edad para la comisión de delitos, tráfico de migrantes, trata de personas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, extorsión, concierto para delinquir agravado, lavado de activos, terrorismo, usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas, financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada, administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas, y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, municiones o explosivos.

Por último, el artículo 68 A adicionado por la Ley 1142 de 2007⁷⁸ ***“Exclusión de beneficios y subrogados. No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o***

⁷⁸ Ley 1142 de 2007. Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana.

libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores”.

Institutos que conservan rasgos del peligrosismo penal ‘proscrito’, justificados con pretensión de ser medidas preventivas, haciéndolas aún más regresivas el hecho de trasladarse al derecho procesal⁷⁹.

Descontextualizada o no del derecho punitivo moderno, esa es la política criminal en materia de víctimas desarrollada por el vigente estatuto represor, tema que seguramente deba ser redefinido si se desea armonizar el derecho sustantivo y el formal.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que nuevamente se presentó un giro en ese precedente judicial, la sentencia C-185/11, condicionó la exequibilidad de esa disposición al considerarla como un requisito discriminatorio, de tal suerte que el pago de la multa no será excusa para negarlo cuando el condenado pruebe su insolvencia, también deberá aplicarse en los eventos en que se estudie la concesión de la libertad condicional.

Resulta discriminatorio, luego contrario al principio constitucional de igualdad (art. 13 C.N) que un condenado que cumpla con los requisitos objetivos y subjetivos para acceder al mecanismo de la vigilancia electrónica, no pueda salir del establecimiento carcelario por no contar con los recursos económicos para ello. Las razones que sustentan esta conclusión son las siguientes:
(i) la pena privativa de la libertad en una cárcel es el castigo más gravoso en materia penal, por lo cual las alternativas de su cumplimiento fuera del establecimiento carcelario cobran gran importancia en el contexto de la garantía de una gran variedad de derechos que se restringen por el hecho de estar en una cárcel.
(ii) Por lo anterior la consagración legal de la posibilidad de salir de la cárcel y cumplir la pena privativa de libertad fuera de ella, debe brindarse en igualdad de condiciones, y no puede depender de exigencias ajenas a las que interesan de manera especial a la

⁷⁹ Ley 906 Artículo 313 numeral 4º 4. **Adicionado por el art. 26, Ley 1142 de 2007,** así: 4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso del año anterior, contado a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.

legislación penal. (iii) Por ello, cuando el acceso a la mencionada posibilidad depende de los medios económicos del condenado, las desigualdades de hecho se convierten en desigualdades jurídicas, y sin justificación constitucional alguna sólo quienes tienen recursos económicos ostentan realmente la alternativa. (iv) Las mencionadas desigualdades, no resultan matizadas en el caso concreto por los criterios desarrollados por la Corte en los casos de la exigencia de la multa para acceder a la libertad condicional y a la suspensión condicional de la ejecución de la pena. (v) Además de que la exigencia de la multa en el caso de la vigilancia electrónica no encuentra sustento alguno en la consecución de un fin constitucionalmente relevante, como para afirmar que su exigencia busca garantizar un valor constitucional superior al contenido en el principio de igualdad⁸⁰.

Precedente reiterado en la sentencia T-309 del 24/04/12 que consagra una verdadera garantía para el condenado, más no así para la víctima que puede ver amenazada su seguridad con la pronta libertad de quien le agredió.

3. DESARROLLO EN EL MARCO DE LA LEY PROCESAL PENAL

Introductoriamente podríamos afirmar que todos los ordenamientos procesales tienen como norte la pretensión “...de establecer si determinados hechos han ocurrido o no y que las pruebas sirven precisamente para resolver dicho problema”⁸¹, es decir, se incardinan a determinar la responsabilidad penal a través de medios probatorios para derivar la responsabilidad civil.

Basados en ese antecedente, podemos sintetizar que desde las primeras codificaciones procedimentales nuestro sistema ha reconocido estatus procesal a la víctima.

Teniendo en cuenta la importancia que encarna el procedimiento penal dentro de todo el engranaje del sistema jurídico, esto es, el de efectivizar el derecho material o sustantivo punitivo, enfatizando el carácter instrumental de sus normas “en cuanto han sido instituidas para la efectividad del derecho sustancial y, obviamente, de los derechos procesales de quienes intervienen dentro de la respectiva actuación

⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-185 de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁸¹ TARUFFO, Michelle. *La prueba de los hechos*. 2ª ed., Madrid: Trotta, 2005, p. 21.

judicial. Las formalidades procesales sólo se conciben como medios para garantizar la validez y la eficacia de los actos procesales en cuanto estos tiendan a la realización de los derechos de los sujetos procesales, más no como simples ritualidades insustanciales”.

Pasaremos ahora a dar una rápida mirada desde la perspectiva del derecho de las víctimas a los estatutos procesales que precedieron al actual, con esa finalidad nos remontaremos a los estatutos adjetivos del siglo XX, tomando como referente obligatorio lo argumentado por el maestro CARNELUTTI: “La parte lesionada se convierte en parte civil cuando en el juicio penal se introduce la pretensión civil a la responsabilidad penal del imputado, y tiene lugar un fenómeno de conmixión del proceso penal con el proceso civil”⁸².

Principio que ha orientado la institución jurídica de la parte civil dentro del proceso penal nacional hasta la ley 600 de 2000, garantía que material y formalmente desaparece con la implementación del nuevo sistema.

1. Ley 94 de 1938

En el Título I, Capítulo I, de la acción penal estableció en el artículo 8º lo siguiente: “*Toda infracción de la ley penal origina acción penal, y puede originar también acción civil para la indemnización de los perjuicios causados por la infracción*”⁸³.

Panorama legal que deviene del principio de la escuela clásica del derecho penal y específicamente del pensamiento carrariano en el que la infracción penal genera dos clases de daño:

a. De primer grado. Inmanente a dicha infracción, denominado daño social o público, por ser precisamente la sociedad el sujeto pasivo del perjuicio.

b. De segundo grado. Donde a diferencia del anterior, el sujeto pasivo del daño es la persona damnificada por la infracción, denominado daño privado o civil.

El primer daño origina el derecho público de imponer pena, el segundo, el derecho a la restitución y a la indemnización civil.

Posteriormente, de manera expresa el Capítulo II a partir del artículo 24 hasta el 31 consagró todo lo concerniente acerca de la materia, como aspecto relevante y significativo, encontramos que la titularidad de la

⁸² CARNELUTTI, Francesco citado por GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio. *La acción civil en el proceso penal colombiano*, Bogotá: Leyer, p. 206.

⁸³ Ley 94 de 1938 art. 8º

acción civil “(...) se ejercerá dentro del proceso penal por la persona o personas perjudicadas o por sus herederos”⁸⁴.

El artículo 28 sujetaba el ejercicio de la acción civil ante la jurisdicción civil a que no se hubiera sobreseído o absuelto al sindicado mediante auto o sentencia definitivos⁸⁵.

Requisito debatido en la respectiva Comisión del Parlamento de la época, específicamente el Dr. RUEDA CONCHA manifestó al respecto: “(...) La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento termina el juicio, y como el juicio se compone de dos acciones, la penal y la civil, es claro que la sentencia debe resolverlas ambas. Es principio fundamental que el fallo debe resolver todas las acciones que se hayan propuesto. Y el sobreseimiento, respecto de la acción civil, debe producir los mismos efectos que produce en materia penal”.

Razonamiento que produjo como consecuencia jurídica hacer nugatorio el derecho de la víctima, normativa que se encontraba en concordancia con lo explicado anteriormente en lo referente al código penal de 1936.

2. Decreto 409 de 1971

En el artículo 9^o⁸⁶ consagraba las acciones que surgen de la infracción a la ley penal: acción penal y contenciosamente podía generar la acción civil, de manera restringida ya que contemplaba exclusivamente la indemnización de perjuicios causados por la infracción, norma que fue trasladada sin ningún cambio de la legislación anterior (ley 94 de 1938).

En el capítulo II del Libro primero, estatuyó lo referente a la acción civil.

3. Decreto 0050 de 1987

Acuñó el término restablecimiento de derecho como un principio rector en su artículo 16⁸⁷.

⁸⁴ Id., Artículo 24. La acción civil para el resarcimiento del daño causado por infracción de la ley penal, se ejercerá dentro del proceso penal por la persona o personas perjudicadas o por sus herederos.

⁸⁵ Norma que resultaba lesiva para el derecho de la víctima y de los perjudicados, pues si no se obtenía sentencia condenatoria contra el ofensor, los damnificados con el delito perdían toda posibilidad de obtener reparación.

⁸⁶ Decreto 409 de 1971 aArtículo 9º- *Acciones que surgen de la infracción penal*. Toda infracción de la ley penal origina acción penal, y puede originar también la acción civil para la indemnización de los perjuicios causados por la infracción.

⁸⁷ Decreto 050 de 1987 Artículo 16. *Restablecimiento del derecho*: El juez resolverá las cuestiones extrapenales que surjan en el proceso, de modo que las cosas vuelvan

En el Capítulo II del Libro primero ubicó todo el procedimiento para ejercer la acción civil en el proceso penal, valga decir, titulares de la acción civil, quiénes deben indemnizar, oportunidad para la constitución, requisitos, prueba de la personería, decisión sobre la demanda, inadmisibilidad de la demanda, devolución de la demanda, facultades de la parte civil, embargo y secuestro de bienes, desembargo en caso de exceso, desembargo, condenación al pago de perjuicios (los consideraba exclusivamente en perjuicios materiales), sino se podían evaluar pecuniariamente, el juez podía tasarlos hasta en cuatro mil gramos oro, o morales no valorables pecuniariamente mediante indemnización hasta el equivalente en moneda nacional, (de un mil gramos oro); prohibición de enajenar, acción restitutoria del objeto material, cancelación de registros falsos, extinción de la acción civil, efectos de la cosa juzgada penal absoluta, prescripción de la acción civil, remisión a normas civiles.

En el capítulo III *ejusdem* se consagró lo concerniente al tercero civilmente responsable.

4. Decreto - Ley 2700 de 1991

Se presenta con una redacción acorde con el cambio operado en la nueva Carta Política y que necesariamente trascendían en todo el ordenamiento jurídico nacional, reconoció a partir de la norma rectora 14⁸⁸ el derecho de las víctimas en la actuación penal estableciendo de manera más técnica el procedimiento para adelantar la acción civil dentro del proceso penal.

Caracterizándose porque concordó su contenido normativo con la amplia gama de mecanismos de protección de Derechos Fundamentales creados por el legislador constituyente, confirmando titularidad para el ejercicio de la acción civil tanto al perjudicado individualmente considerado como al actor popular en busca de resarcir los daños y perjuicios ocasionados individuales y colectivos por el hecho punible⁸⁹.

al estado en que se hallaban antes de la comisión del hecho punible, cuando por su naturaleza sea posible.

⁸⁸ Decreto - Ley 2700 de 1991, artículo 14.- Cuando sea posible, las autoridades judiciales deberán adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión del hecho punible y las cosas vuelvan al estado anterior, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados.

⁸⁹ Id., Artículo 43.- *Titulares de la acción civil*. La acción civil individual o popular para el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por el hecho punible, podrá ejercerse ante la jurisdicción civil, o dentro del proceso penal, a elección de las personas naturales o jurídicas perjudicadas, o por los herederos

Circunscribía la oportunidad para intentarla a partir de la apertura de la instrucción hasta antes que se profiriera sentencia de segunda o única instancia.

Es procedente para la pretensión que orienta al presente estudio, destacar las atribuciones que concedía ese estatuto derogado a la parte civil, facultades que no se suscribían únicamente a la búsqueda resarcitoria, trascendía el simple ámbito patrimonial permitiéndole también la solicitud probatoria⁹⁰.

Igualmente, el artículo 56 estatúa sobre la liquidación de perjuicios que debía señalar el juez en la sentencia que declarara la responsabilidad penal del procesado, tasando el monto de los perjuicios individuales o colectivos ocasionados por el hecho punible.

Otro aspecto relevante de esa normatividad abrogada guarda relación con la acción civil cuando se presentaba fallo absolutorio que producía efectos de cosa juzgada, impidiendo que la acción mencionada se iniciara o prosiguiera, dejaba como único mecanismo alternativo para la víctima el intentarla en proceso separado.

5. Ley 600 de 2000

Las facultades de la parte damnificada con el delito fueron reproducidas en idénticos términos al contenido formal del articulado de la codificación anterior; este procedimiento como aspecto novedoso incluyó como normas rectoras verdaderos derechos fundamentales: dignidad humana, igualdad y acceso a la administración de justicia; continuando de esta forma con la constitucionalización de mecanismos y medidas para el goce de los derechos de los sujetos procesales.

Siendo una transliteración del estatuto anterior, éste código presenta las mismas limitaciones, como las impuestas a los perjudicados para intervenir en la actuación penal sólo a partir de la resolución de apertura de instrucción y para acceder al expediente durante la investigación

o sucesores de aquellas, o por el Ministerio Público o el actor popular cuando se afecten intereses colectivos.

⁹⁰ Id. Artículo 48.- *Admisión de la demanda y facultades de la parte civil.* Admitida la demanda de parte civil, ésta quedará facultada para solicitar la práctica de pruebas orientadas a demostrar la existencia del hecho investigado, la identidad de los autores o partícipes, su responsabilidad, la naturaleza de la cuantía de los perjuicios ocasionados. Podrá igualmente denunciar bienes del procesado y solicitar su embargo y secuestro e interponer recursos contra las providencias que resuelvan sobre las materias de que trata este Artículo. (...)”.

preliminar, consideradas posteriormente por la doctrina como violaciones a su derecho a acceder a la justicia en condiciones de igualdad.

Aspecto enmendado por vía jurisprudencial en la sentencia C-228 de 2002, momento en que se amplió la oportunidad para su constitución desde que se diera inicio a la acción penal por parte del ente acusador, valga decir, desde la etapa preprocesal, preliminar ó previa tal como se le desee llamar y no sólo a partir de la señalada resolución de apertura de instrucción so pretexto que dicha información estaba cobijada por la reserva sumarial.

De esa manera, la parte civil en el proceso penal una vez constituida puede acceder directamente al expediente desde el inicio mismo de la investigación previa.

En el mismo orden de ideas, la sentencia C-760 de 2001 con ponencia de los Drs.: Monroy Cabra Gerardo y Cepeda Espinosa Manuel José, declaró inexecutable la expresión contenida en el mismo artículo según la cual, la oportunidad de constituirse claudicaba con la sentencia de primera o única instancia.

Desde esta recopilación puede apreciarse que el tratamiento dado a la víctima en el ordenamiento procesal penal en nuestro medio hasta el año 2000, se encontraba limitado y orientado casi exclusivamente a la obtención de la indemnización y siempre supeditado a que se declarara a su agresor responsable, ignorando recomendaciones de Declaraciones como la de 1985 de las Naciones Unidas.

De este recuento histórico apreciamos que el legislador no se preocupó de brindar a través de medidas legislativas la posibilidad de efectivizar de manera integral los derechos de la víctima del delito, esa visión restringida solo fue superada por la interpretación jurisprudencial aludida, por lo cual se puede asegurar que en Colombia los derechos de la víctima del delito se deben estudiar de forma contrastada antes y después del 3 de abril de 2002 con la sentencia C-228.

A partir de esta doctrina constitucional, el tratamiento de la víctima en el proceso penal nacional se apartó de legislaciones de naturaleza civilista como la española de la que éramos tributarios, ordenamiento comparado en el que la acción civil limita dicho derecho a la restitución, reparación o indemnización puesto que no contempla la posibilidad de un restablecimiento integral del derecho conculcado (artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Desde la comprensión que nos ofrece este recorrido histórico procesal patrio y el derecho comparado actual, puede concluirse sin ambages que

se debe a la doctrina constitucional la evolución en cuanto al tratamiento de la víctima en nuestra legislación, doctrina a su vez imbricada con las directrices consagradas en los diferentes instrumentos internacionales⁹¹ y su correspondiente interpretación por los órganos internacionales encargados de la protección de los derechos humanos.

De otra parte, respecto al aspecto indemnizatorio, que tal como se dijo constituyó el objeto exclusivo de la intervención de la parte civil en el proceso penal; encaminado a explicar su origen, fundamentos, elementos que le configuran y articulan, transcribiremos los siguientes apartes de la Sentencia C-277 de 1998, por considerarlos procedentes:

El delito como hecho típico, antijurídico y culpable, genera un daño público que se materializa en el desconocimiento de aquellas normas que han sido impuestas por el legislador para mantener las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la sociedad, y un daño privado en cuanto afecta el patrimonio de una o varias personas.

Del daño público se deriva la acción penal que otorga al Estado, como titular del poder punitivo, la facultad para investigar y juzgar la conducta ilícita que ha atropellado bienes jurídicamente tutelados, relevantes para la vida en comunidad. Del daño privado nace la acción civil que se interpreta como el derecho que tiene la víctima o el perjudicado para reclamar el pago de los perjuicios que se hayan ocasionado con el delito.

(...)

Al margen del derecho que le asiste a la víctima del delito para constituirse en parte civil dentro del proceso penal y con el propósito de garantizar la reparación de los daños causados con el delito, la ley le impone al juez la obligación de liquidar los perjuicios en todos

⁹¹ En el orden regional, El Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana), ha indicado: “El alcance de estas normas ha sido explicado por medio de los fallos de la corte Penal Interamericana de Derechos Humanos. Esta ha definido la impunidad como la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones de los derechos humanos. Así mismo, la Corte ha señalado que el Estado es el titular de la acción punitiva y el responsable de promover e impulsar las etapas procesales, en cumplimiento de su obligación de garantizar el acceso a la justicia de las víctimas y de sus familiares. El Estado debe desarrollar esta obligación con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Paniagua Morales y otros*. Sentencia 8 de marzo de 1998., citado por FUNDACIÓN SOCIAL. *Los derechos de las víctimas en los procesos de justicia transicional*; Bogotá: Géminis, 2005, p. 23.

los casos en que se profiera sentencia condenatoria y se encuentre demostrada la existencia de los mismos. Sólo cuando el ofendido haya promovido en forma independiente la acción civil, el juez penal debe o abstenerse de imponer condena al pago de perjuicios, o dejarla sin efectos cuando la misma se haya producido.

(...)

Este derecho de las víctimas para constituirse en parte civil y la obligación del juez para pronunciarse sobre los perjuicios ocasionados por el delito, no son el resultado de una simple acumulación de acciones ni una mera consecuencia de la atribución legal para fijar las formas propias del juicio. Se trata realmente de la aplicación de algunos principios rectores que gobiernan el proceso penal, en particular, aquellos que ordenan a las autoridades penales la protección de las víctimas y testigos y el restablecimiento pleno de los derechos que hayan resultado quebrantados por la actividad delictiva; los cuales, a su vez, tienen asiento en los principios generales de economía procesal y eficacia jurídica.

(...)

Estos principios, a su vez, constituyen un conjunto normativo que tiene fundamento en valores constitucionales de singular importancia y que encuentra su norte en la obligación que le asiste a las autoridades estatales de hacer efectivos los derechos y deberes de las personas, protegerlas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (art. 2° de la C.P.). En efecto, a las autoridades judiciales, como representantes del Estado social de derecho, les asiste el compromiso de investigar y juzgar los delitos, no sólo con el ánimo de reivindicar aquellos bienes jurídicamente tutelados de singular importancia para la comunidad, sino también para administrar justicia en favor del perjudicado quien es concretamente el titular del bien jurídico afectado.

En este orden de ideas, ha de entenderse que los principios citados son una consecuencia del derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia, el cual no puede ser interpretado como una simple atribución formal de acudir a las autoridades judiciales, sino como una garantía que obliga al juez de la causa a resolver integralmente sobre el fondo del asunto planteado. Así, las víctimas y perjudicados con el delito, como manifestación del derecho a acceder a la administración de justicia, tienen también un derecho constitucional a participar en el proceso penal que el Estado

está en la obligación de adelantar, derecho que no debe limitarse a la declaratoria de responsabilidad penal, sino que, además, ha de extenderse a la obtención de la reparación del daño cuando este se encuentre probado (...)⁹².

Como puede advertirse, esta decisión en cuanto al tema bajo estudio, se puede considerar basilar, puesto que puntualizó acerca de la obligatoriedad del Estado de adelantar la persecución penal con el fin de lograr la convivencia pacífica y ordenada, no sólo observando los derechos fundamentales que amparan al infractor, sino que con mayor ahínco efectivizando los derechos de la víctima, haciendo equitativos los derechos de los que en esa época eran considerados como partes.

Priorizo ese fallo sobre la especial condición de la víctima como sujeto procesal, para desde allí trazar los lineamientos que permitieran hacer compatibles los intereses del delincuente con los de la víctima, por tal motivo se imponía el deber de asegurar desde la política criminal la aludida igualdad.

Ahora bien, como aspecto relevante de esta compendio tenemos el de la inclusión del restablecimiento del derecho como principio rector a partir del Decreto Ley 2700 de 1991 y cuya finalidad tal como lo expresa el derecho comparado es dejar a la víctima y a los perjudicados en la situación más próxima a la que existía antes de la ocurrencia del mismo.

Orientación proveniente del derecho comparado incorporada por vía jurisprudencial.

En ese orden de ideas en ejercicio de su potestad de configuración, el Legislador ha establecido mecanismos para la protección plena de los derechos de las víctimas y perjudicados por el delito, lo cual comprende, entre otros, la indemnización integral de los daños materiales y morales causados por el ilícito. Así la voluntad del Legislador ha sido la de reconocer el derecho de las víctimas a ser reparadas íntegramente, con el fin de restablecer las cosas a su estado inicial (*restitutio in integrum*), y cuando ello no es posible, a ser compensadas por los daños sufridos. Esta reparación incluye tanto daños materiales como morales. Comprende tradicionalmente

⁹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-277 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Fallo que declaró inexecutable el ordinal 5º del art. 37 B del Decreto 2700 de 1991 (Modificado por el art. 12 de la Ley 3635 de 1997) disposiciones comunes. En los casos de los Artículos 37 y 37ª se aplicarán las siguientes disposiciones: 5º) *Exclusión del tercero civilmente responsable y de la parte civil*. Cuando se profiera sentencia anticipada... en dicha providencia no se resolverá lo referente a la responsabilidad civil.

el *damnum emergens*, el *lucrum cessans* y el *pretium doloris*, incluye la posibilidad de exigir intereses y se calcula en el momento de la expedición de la sentencia judicial, *Ibidem*⁹³.

Al respecto cabe recordar que tanto en la Ley 599, como en la Ley 600 de 2000, se reguló el tema de la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal.

(i) la reparación de la conducta punible incluye los daños materiales y morales, Ley 599 de 2000, Artículo 94...

(ii) *la liquidación de los perjuicios ocasionados por el delito debe hacerse de acuerdo con lo acreditado en el proceso penal Ley 600 de 2000, Artículo 56. Sentencia condenatoria y pronunciamiento sobre los perjuicios. En todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el juez procederá a liquidarlos de acuerdo a lo acreditado en la actuación y en la sentencia condenará al responsable de los daños causados con la conducta punible. Además, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar. Cuando se haya intentado la acción popular y ésta prospere, el juez en la sentencia condenatoria deberá señalar el monto de los perjuicios colectivos ocasionados por la conducta punible. Cuando en la sentencia se condene al pago de indemnización colectiva se ordenará la constitución de un fondo conformado por el importe de la misma, administrado por el Defensor del Pueblo y destinado al restablecimiento de los daños causados con la infracción. (...) Cuando obre prueba de que el ofendido ha promovido independientemente la acción civil, el funcionario se abstendrá de condenar al pago de perjuicios. En caso de hacerlo, será ineficaz la condena impuesta.*

(iii) *la indemnización integral de los perjuicios ocasionados para ciertos delitos, trae como consecuencia la extinción de la acción penal, Ley 600 de 2000, Artículo 42. Indemnización integral...*

(iv) *la regulación de medidas para garantizar la indemnización integral, de tal manera que el juez penal podrá no sólo disponer en la sentencia condenatoria el remate de bienes decomisados Ley 600 de 2000, Artículo 67. Comiso... sino en el curso del proceso adoptar medidas sobre los bienes del procesado ley 600 de 2000, Artículo 50. Admisión de la demanda y facultades de la parte*

⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C- 916/02, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

civil. Admitida la demanda de parte civil, ésta quedará facultada para solicitar la práctica de pruebas orientadas a demostrar la existencia de la conducta investigada, la identidad de los autores o partícipes, su responsabilidad, y la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados. Podrá igualmente denunciar bienes del procesado y solicitar su embargo y secuestro, e interponer recursos contra las providencias que resuelvan sobre las materias de que trata este artículo. Artículo 62. Prohibición de enajenar. El sindicado dentro del proceso penal no podrá enajenar bienes sujetos a registro durante el año siguiente a su vinculación, a menos que esté garantizada la indemnización de perjuicios o se hubiere producido pronunciamiento de fondo sobre su inocencia. Esta obligación deberá ser impuesta expresamente en la diligencia de indagatoria. Cualquier negociación que se haga sobre los bienes sin autorización del funcionario judicial, será nula y así se lo deberá decretar en la sentencia. No obstante, en el curso del proceso, se podrá cancelar provisionalmente el registro del negocio jurídico. (...) Artículo 63. Autorizaciones especiales. El funcionario judicial podrá autorizar que se realicen operaciones mercantiles sobre los bienes descritos en el artículo anterior, cuando aquellas sean necesarias para el pago de los perjuicios. Igual autorización procederá para los bienes entregados en forma provisional. El negocio jurídico deberá ser autorizado por el funcionario, y el importe deberá consignarse directamente a órdenes del despacho judicial. Cuando la venta sea necesaria en desarrollo del giro ordinario de los negocios del sindicado o esté acreditada la existencia de bienes suficientes para atender una eventual indemnización, se podrá autorizar aquella. (Subrayado fuera de texto).

(v) la determinación de los obligados, de tal forma que el juez penal podrá llamar a quienes, según la ley sustancial, estén obligados a responder solidariamente Ley 599 de 2000, Artículo 96. Obligados a indemnizar. Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder. Ley 600 de 2000, Artículo 46. Quiénes deben indemnizar. Están solidariamente obligados a reparar el daño y a resarcir los perjuicios causados por la conducta punible las personas que resulten responsables penalmente y quienes, de acuerdo con la ley sustancial, deban reparar el daño.

(vi) cuando no es posible la determinación objetiva de los perjuicios, se acude a los criterios que establece el Código Penal Ley 600 de 2000, Artículo 56. Sentencia condenatoria y pronunciamiento sobre los perjuicios. (...) En los casos de perjuicios no valorables pecuniariamente, la indemnización se fijará en la forma prevista en el Código Penal.

(vii) la solicitud de la reparación ante la jurisdicción civil, excluye la posibilidad de acudir a la jurisdicción penal para reclamar la reparación de los perjuicios Ley 600 de 2000, Artículo 48. Requisitos. (...) La manifestación, bajo la gravedad de juramento, que se entiende prestado con la presentación de la demanda, de no haber promovido proceso ante la jurisdicción civil, encaminado a obtener la reparación de los daños y perjuicios ocasionados con la conducta punible. (...) Artículo 52. Rechazo de la demanda. La demanda será rechazada cuando esté acreditado que se ha promovido independientemente la acción civil por el mismo demandante, que se ha hecho efectivo el pago de los perjuicios, que se ha producido la reparación del daño o que quien la promueve no es el perjudicado directo. También procede el rechazo cuando la demanda se dirija contra el tercero civilmente responsable y la acción civil se encuentre prescrita. En cualquier momento del proceso, en que se acredite cualquiera de las situaciones descritas, mediante providencia interlocutoria se dará por terminada la actuación civil dentro del proceso penal.

(viii) la obtención del beneficio de suspensión condicional de la ejecución de la pena, puede ser supeditada a que se efectúe la reparación integral de los perjuicios Ley 600 de 2000, Artículo 483. Procedencia. Para conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se dará cumplimiento a lo dispuesto en el Código Penal y se fijará el término dentro del cual el beneficiado debe reparar los daños ocasionados con la conducta punible. Cuando existan bienes secuestrados, decomisados o embargados, que garanticen íntegramente la indemnización, no se fijará término para la reparación de los daños. Artículo 484. Ejecución de la pena por no reparación de los daños. Si el beneficiado con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sin justa causa, no reparare los daños dentro del término que le ha fijado el juez, se ordenará inmediatamente el cumplimiento de la pena respectiva y se procederá como si la sentencia no se hubiere suspendido. Artículo 489. Exigibilidad del pago de perjuicios. La obligación de pagar los perjuicios provenientes de la conducta punible para

gozar de la suspensión condicional de la ejecución de la pena será exigida a menos que se demuestre que el condenado se encuentra en imposibilidad económica de hacerlo.

(ix) en la sentencia condenatoria debe incluirse la condena en perjuicios cuya existencia haya sido demostrada en juicio, a menos que exista prueba de que se promovió de manera independiente la acción civil de indemnización Ley 600 de 2000, Artículo 56. Sentencia condenatoria y pronunciamiento sobre los perjuicios. En todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el juez procederá a liquidarlos de acuerdo a lo acreditado en la actuación y en la sentencia condenará al responsable de los daños causados con la conducta punible. Además, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar. Cuando se haya intentado la acción popular y ésta prospere, el juez en la sentencia condenatoria deberá señalar el monto de los perjuicios colectivos ocasionados por la conducta punible. Cuando en la sentencia se condene al pago de indemnización colectiva se ordenará la constitución de un fondo conformado por el importe de la misma, administrado por el Defensor del Pueblo y destinado al restablecimiento de los daños causados con la infracción. En los casos de perjuicios no valorables pecuniariamente, la indemnización se fijará en la forma prevista en el Código Penal. Cuando obre prueba de que el ofendido ha promovido independientemente la acción civil, el funcionario se abstendrá de condenar al pago de perjuicios. En caso de hacerlo, será ineficaz la condena impuesta⁹⁴.

⁹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-916/02, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

SEGUNDA PARTE

PLEXO DE GARANTÍAS DE LA VÍCTIMA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO E INTERNACIONAL; EVOLUCIÓN Y DIMENSIÓN DE LOS DIFERENTES INSTRUMENTOS Y ÓRGANOS INTERNACIONALES; DISCIPLINAS CIENTÍFICAS

CAPÍTULO I

GARANTÍAS Y FACULTADES DE LA VÍCTIMA EN EL VIGENTE ORDENAMIENTO JURÍDICO

La salida del anonimato de la víctima sobreviene como consecuencia del desarrollo y codificación de los derechos humanos en múltiples textos convencionales; trasunto igualmente del surgimiento reciente de la disciplina victimológica que ha promovido en el panorama mundial la promulgación de declaraciones y convenios que se ocupan de su atención, asistencia y reparación creando todo un marco político-jurídico en el derecho internacional que ha influido en los ordenamientos de los Estados para de esta manera poder aseverar desde ese contexto, que se cuenta con una verdadera carta magna de la víctima a semejanza de cómo lo hiciera Franz VON LISZT con el código penal al que le dio el alcance de ‘Magna Carta del delincuente’.

Esa tendencia universal influyó en la enmienda constitucional para la implementación de un sistema con orientación acusatoria (Acto Legislativo 03 de 2002) seguida de su consecuencial reforma legal (Ley 906 y Ley 890 de 2004) y demás modificaciones legislativas (Ley 1121 de 2006, Ley 1142 de 2007, Ley 1257⁹⁵ de 2008, Ley 1453 de 2011⁹⁶ y Ley 1474 de 2011⁹⁷).

Con el fin de graficar las opciones jurídicas de que dispone la víctima para obtener la restauración del daño ocasionado con el punible se orientará este acápite, intento que reviste dificultad debido a que desde cuando surgió la idea del presente trabajo (año 2005) a la fecha se debe totalizar una verdadera avalancha legislativa algunas veces farragosa en el afán de encuadrar el derecho de las víctimas nacional en el marco del derecho comparado, aunado por supuesto con la correspondiente

⁹⁵ *Ley 1257 de 2008*. “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres.

⁹⁶ *Ley 1453* mejor conocida como de seguridad ciudadana.

⁹⁷ *Ley 1474 de 2011 de 12 de julio*. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

jurisprudencia constitucional y de la sala penal de la Corte como se pasa a analizar, anunciando tal como lo indica el epígrafe, que se efectúa desde un ángulo teórico pero a la vez práctico.

1. EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

En el ordenamiento jurídico interno se ha transformado en axioma el principio según el cual es la constitución el derecho legislado por excelencia, de tal suerte, que quien aplica la Constitución, aplica la ley⁹⁸, la Carta de 1991 se acondiciona a las exigencias del derecho internacional público de los derechos humanos, contribuyendo al mismo tiempo a lo que la doctrina ha denominado la constitucionalización del derecho internacional.

La Constitución establece valores, principios y reglas conllevando una vital renovación para el derecho en general; en el campo penal, incide en la configuración de los bienes a proteger a través de los diversos tipos penales tomando siempre como referente a la persona que ostenta la titularidad de esos bienes y no como antaño lo asumiera la dogmática jurídica penal, la refundación del Estado colombiano sobre el reconocimiento de la dignidad humana conduce a que sea la persona humana y el respeto de su dignidad el fin supremo.

Basados en ese moderno enfoque, los principios y reglas constitucionales direccionan el ordenamiento jurídico, en ese entendido, a renglón seguido, nos ocuparemos inicialmente en considerar el alcance de los derechos de las víctimas y perjudicados por el daño a la luz de la carta política, disposiciones desde las que el legislador elevo a rango constitucional sus prerrogativas.

Resulta claro que el preámbulo constitucional contiene los valores superiores a los cuales aspira la nación colombiana, motivo por el cual están llamados a irradiar el resto de la normatividad constituyéndose en el catálogo axiológico producto del consenso de nuestra sociedad; de tal suerte que encontrándose establecido que la Constitución es la norma de normas (artículo 4º) como principio fundamental, el legislador está obligado aun a pesar de su amplia facultad en la configuración de las leyes a ceñirse a los parámetros que esta le dicte.

⁹⁸ Postulado de la CORTE CONSTITUCIONAL en diferentes sentencias desde 1993.

Reflejo importante del influjo constitucional es el reconocimiento de la acción popular para la persecución de los delitos, artículo 88 de la carta⁹⁹, desarrollado legalmente desde el Decreto 2700 de 1991, mecanismo que permite a cualquier ciudadano ejercitarla.

En el entendido incontrovertible del principio de supremacía de la Carta, es deber imperante que cualquier codificación se oriente por los valores allí consagrados, valores superiores tendientes a asegurar la vida, la convivencia, la justicia, la igualdad, la libertad y la paz dentro de un marco jurídico en el que la producción legislativa no puede ser producto del azar, sino de articulación y planeación desde lo criminológico, la política criminal y derecho penal, en ese orden de ideas:

a) Conlleva a que la acción de responsabilidad civil en el proceso penal encuentra su razón de ser, su *telos* en el artículo 95 de la Carta, canon superior que impone todo un inventario de deberes y responsabilidades a los ciudadanos como correlato del goce y ejercicio de derechos y libertades, en especial no abusar de los derechos propios y respetar los de los demás, obrar conforme al principio de solidaridad social, respetar las autoridades, defender y difundir los derechos humanos, entre otros.

Deberes y obligaciones de eticidad que se integran con lo preceptuado en el artículo 6 del Texto Constitucional, que reza: *“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes....”*.

b) El derecho de acceso a la administración de justicia de toda persona, artículo 229, entendiéndose éste no sólo como un derecho constitucional fundamental, “sino como una manifestación concreta del principio según el cual todas las personas tienen derecho a una igual protección por el Estado. El acceso a la justicia es entonces un derecho instrumental esencial en un Estado de justicia como el colombiano, puesto que gracias a su dinámica el orden jurídico no se limita a proclamar los derechos de las personas sino que también los garantiza y los hace efectivos”¹⁰⁰.

⁹⁹ Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-293 de 1995, salvamento de voto.

No obstante, debe quedar claro que no se concreta el derecho de acceso a la administración de justicia con la simple reparación material de los daños sufridos, sino en la consecución de la verdad histórica o real, trascendiendo los límites de la llamada verdad procesal y en la obtención de la justicia impidiendo la impunidad.

c) El Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo modificaciones a los artículos 28, 116, 250 y 251: el énfasis en la materia que nos ocupa recae en los numerales 6º y 7º del 250, donde se señala la obligación de la Fiscalía General de la Nación de “velar por la protección de las víctimas (...), la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa”.

Consagración de los derechos de las víctimas en fundamentales que encuentra su venero en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, acogida paulatinamente por el juez constitucional.

(...) el derecho de las víctimas a participar en el proceso penal, se encuentra ligado al respeto de la dignidad humana. Al tenor de lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución, que dice que “Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana”, las víctimas y los perjudicados por un hecho punible pueden exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Se vulneraría gravemente la dignidad de víctimas y perjudicados por hechos punibles, si la única protección que se les brinda es la posibilidad de obtener una reparación de tipo económico. El principio de dignidad impide que el ser humano, y los derechos y bienes jurídicos protegidos por el derecho penal para promover la convivencia pacífica de personas igualmente libres y responsables, sean reducidos a una tasación económica de su valor.

El reconocimiento de una indemnización por los perjuicios derivados de un delito es una de las soluciones por las cuales ha optado el legislador ante la dificultad en materia penal de lograr el pleno restablecimiento de los derechos y bienes jurídicos violentados en razón a la comisión de un delito. Pero no es la única alternativa ni mucho menos la que protege plenamente el valor intrínseco de cada ser humano¹⁰¹.

A la vez, es lo dispuesto en el numeral sexto de la norma en cita, la regla que consagra el derecho de la víctima al resarcimiento, al imponer como deber de la Fiscalía “de solicitar ante el juez de conocimiento las

¹⁰¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-228 de 2002, M.P. Cepeda Espinosa, Manuel José y Montealegre Lynett, Eduardo.

medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito”.

En el numeral séptimo se mantuvo la obligación por parte de la Fiscalía de velar por la protección de las víctima, tema realmente polémico pues si bien es cierto es un imperativo superior debidamente reglado mediante resolución 0-5101 del 22 de agosto de 2008, es materia que presenta grave déficit, visible por la comunidad que sabe que no hay suficientes recursos logísticos, ni mecanismos idóneos para asegurar la protección y asistencia de víctimas y testigos del proceso penal que generalmente quedan expuestos a la acción y amenaza de los perpetradores.

Las normas anteriormente citadas ponen en marcha la reparación integral mediante un incidente en el nuevo esquema procesal penal, reglas llamadas a orientar nuestro estudio.

1.1. ANÁLISIS DE LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Siguiendo la línea analítica planteada, realizaremos una breve exploración por los principales temas abordados por la comisión redactora con base en los registros de las actas.

Interesan estos pormenores, sobre todo en un proceso de modificación a la Constitución en la medida en que revelan la intención de sus redactores y facilitan la interpretación de los textos acabados, contribuyendo en el objeto de este trabajo: mostrar las insalvables omisiones que se han constituido en visible retroceso y ambigüedad procesal en el derecho de las víctimas.

1.1.1. Acta No. 006 del 21 de febrero de 2003

Artículo 11° Acceso a la administración de justicia de las víctimas

“el Estado garantizará el acceso a la administración de justicia por parte de las víctimas en los términos establecidos en este código”

Finalmente, el artículo se aprobó teniendo en cuenta la observación del doctor Gustavo Gómez Velásquez quien consideró que debería de hablarse de acceso de las víctimas al proceso judicial

Artículo 12° Víctimas

“en desarrollo del proceso penal la víctimas tendrán derecho a: (11 literales)”.

1.1.2. Acta No. 008 del 7 de marzo de 2003

El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.

En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

- a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno;
- b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor;
- c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código;
- d) A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas;
- e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas;
- f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto;
- g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar;
- h) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio;
- i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley;
- j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos.

Como puede apreciarse se fusionaron en un solo artículo el acceso de las víctimas a la administración de justicia y su carta de derechos, también con relación al acta anterior fue eliminado el literal i) de la propuesta inicial, recibir una indemnización, bajo el entendido de que esta categoría se integra dentro del literal c) del nuevo artículo proyectado

1.1.3. Acta No. 014 del 25 de abril de 2003

Presentación del proyecto de articulado correspondiente a los títulos de acción penal y derechos de las víctimas.

Artículo 88. Medidas judiciales de atención y protección a las víctimas. Las víctimas en garantía de su seguridad y el respeto a su intimidad, podrán solicitar a través del fiscal al juez que ejerza la función de control de garantías las medidas indispensables para su atención y protección.

También en caso de necesidad podrá el fiscal, por iniciativa propia o requerimiento de las víctimas, solicitar al juez que ejerza el control de garantías adoptar las medidas cautelares que estime indispensables sobre los bienes del imputado, para asegurar el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios.

Las medidas cautelares sobre los bienes del imputado se ajustarán a los principios determinados en el Código de Procedimiento Civil, en lo que resulte compatible.

El doctor GÓMEZ VELÁSQUEZ intervino para señalar que siendo del resorte del fiscal solicitar las medidas cautelares para asegurar el derecho de las víctimas a la restitución integral y a una indemnización de carácter económico “(...) pues como es el fiscal quien representa a la víctima basta que esta le lleve al fiscal la lista de los bienes de propiedad del procesado para que proceda a solicitar el embargo de los bienes sin que haya una caución para responder por la temeridad, la exageración, en fin todas esas cosas que en el campo civil tiene que responder una persona que inmoviliza los bienes”

En sentido similar se pronunció Jesús Ignacio GARCÍA, controversia que finalmente fuera dirimida por el profesor GRANADOS “en lo relativo a la probable desprotección del imputado si posteriormente resulta fallida la acción de parte de la fiscalía y en consecuencia el embargo o el secuestro no eran procedentes. Sin embargo, explicó que la norma tiene una matización, y es que establece el criterio de necesidad que le impone a la fiscalía la carga de velar por los derechos de las víctimas, procurar la indemnización y en esa medida deberá determinar si se requiere o no una medida cautelar sobre bienes y precisar alternativas. La víctima no actúa directamente, lo hace por intermedio de la fiscalía”.

1.1.4. Acta No 016 de 9 de mayo de 2003

Artículo 93. Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral.

Importante distinción a partir de la Constitución “al entender que la reparación integral va más allá de lo económico, pues implica otras formas de reparación, por ejemplo el trabajo comunitario o pedir perdón” GRANADOS PEÑA.

También hizo alusión “a la etapa de conciliación, la que se busca tratar de acercar las posiciones, con el ánimo de que es preferible un acuerdo que una simple victoria decidida por un juez sobre los perjuicios”¹⁰².

1.2. ENMIENDA CONSTITUCIONAL ACTO LEGISLATIVO 06 DE 2011

Modificación que provee la figura del acusador privado en el proceso penal colombiano conforme a la cual el artículo 250 de la Constitución Política tendrá un párrafo 2o del siguiente tenor:

Parágrafo 2o. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y 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.

Esta última enmienda faculta jurisdiccionalmente a los particulares como ocurre en el derecho comparado, donde la figura del acusador privado tiene antigua y amplia vigencia (España, Alemania, Italia, Nicaragua entre otros) como adelante se estudiará. Materia que se encuentra en camino de ser reglamentada por el Congreso.

Esta adición constitucional tiene su fuente en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) que se analizara con posterioridad (Bloque de Constitucionalidad instituto superior...), fundamentadas en medidas que buscan un plano de igualdad para las víctimas en relación a las garantías conferidas al perpetrador en el sistema con orientación acusatoria.

El fundamento de esta reforma es a no dudarlo la norma internacional mencionada, regla que exige el reconocimiento a las víctimas de acceder en condiciones de igualdad para lograr “la determinación de sus derechos de carácter civil”, medida que busca ser sucedánea de las omisiones legislativas detectadas en el presente trabajo y que han constituido para al derecho de las víctimas un visible retroceso.

¹⁰² OSORIO ISAZA Luis Camilo y MORALES MARÍN, Gustavo. *Proceso Penal Acusatorio*, Bogotá: Ediciones Gustavo Ibáñez, 2005.

2. MECANISMO DE TUTELA PARA LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

La función específica del instituto es la de amparar los derechos fundamentales frente a la violación o amenaza de violación por un acto u omisión de los poderes públicos del Estado, sin ánimo de exhaustividad, la acción de tutela es un remedio contra las violaciones de derechos fundamentales originados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

La consagración de determinados derechos en fundamentales atendiendo al alcance y trascendencia que adquieren para todo un grupo social pasando a informar todo el ordenamiento jurídico, conduce al interés público de su amparo.

Interesan estas puntualizaciones sobre la acción, teniendo en cuenta que como lo ha reiterado la Corte Constitucional se trata de un mecanismo que se funda en el principio de subsidiariedad (siempre que se hayan agotado los recursos procedentes de la vía judicial exceptuando cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar perjuicio irremediable) y no un instrumento alternativo o adicional de la víctima¹⁰³, en otras palabras es una acción limitada en cuanto a su objeto de protección a derechos amparables y por su condición de subsidiariedad del amparo constitucional brindado a los ciudadanos para que puedan restablecer o preservar sus derechos, de lo que resulta que ninguna otra clase de pretensión en sede de tutela es admisible.

Precisada la naturaleza de la acción y su finalidad que es la protección constitucional de los derechos constitucionalizados cuando las vías ordinarias de salvaguardia (judiciales y administrativas) han sido insatisfactorias, el artículo 25 del decreto 2591 de 1991, declarado exequible mediante la sentencia C-543 de 1992, consagra en términos generales la posibilidad que tiene el juez de tutela para decretar la indemnización de perjuicios, “cuando se comprueba un daño que se deriva de una acción u omisión antijurídica”, en razón a la necesidad de restablecer la situación jurídica de la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación de sus derechos fundamentales, para asegurar así, el goce efectivo del mismo.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha puntualizado, “que la acción de tutela no tiene por objeto una determinación judicial sobre

¹⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-012 de 1992

indemnización de perjuicios”, motivo por el cual la aplicación del artículo 25 exige el cumplimiento de la totalidad de los requisitos que lo constituyen. De este modo “se requiere que la indemnización sea necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho; que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para obtener el resarcimiento del perjuicio; que la violación sea manifiesta y provenga de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria”, como requisitos que le permiten al juzgador “realizar a plenitud la justicia en cada caso”.

El artículo 25 del decreto 2591 de 1991 expresamente señala la potestad propia del juez de tutela para ordenar en abstracto la indemnización de un daño emergente causado al perjudicado, siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio judicial.

Esta acción se ha convertido en vía expedita para lograr el reconocimiento de los derechos de las víctimas de delitos, esencialmente la reparación que permita la subsistencia digna de los perjudicados de delitos atroces, en este derrotero, la Sentencia T-188 de 2007 con ponencia del Dr. Álvaro Tafur Galvis, ha simplificado el camino tortuoso que debían agotar las víctimas para que se les reconociera tal calidad.

3. MARCO LEGAL

3.1. LEY 906 DE 2004

3.1.1. *A manera de prefacio*

En este apartado examinaremos las atribuciones otorgadas a la víctima del delito en el marco procesal penal, concesiones que *prima facie* podemos concretar:

1. Intervención en la fase preprocesal.
2. En el proceso propiamente dicho desde la etapa de investigación.
3. Fase del juicio que inicia con la presentación del escrito de acusación y realización audiencia de formulación de acusación con la determinación de la calidad de víctima.
4. Juicio Oral, la víctima como testigo y alegatos de su representante.
5. Conclusión del proceso
6. Facultad dispositiva y reparación
7. Reparación como atenuante

3.1.2. Factores que originaron el cambio de paradigma

En este estadio del trabajo se establece incuestionable que la actual legislación en punto de la víctima ha sido mediada por la jurisprudencia constitucional, que ésta a su vez se encuentra inspirada por las directrices del derecho comparado e internacional público de los derechos humanos, internacional humanitario y penal internacional.

En el plano internacional y nacional encontramos que son varias las fuentes de la nueva visión sobre el derecho de las víctimas, en especial, encontramos como referentes directos los siguientes:

a) A nivel interno

La sentencia C-228 de 2002 reiterada en este trabajo provocó el giro jurisprudencial sobre el tema de un derecho delimitado a uno más abierto a las expectativas de las víctimas en el proceso penal. A partir de éste pronunciamiento doctrinal se dio inicio en sentido objetivo al reconocimiento del derecho de la víctima a que se le restablezca integralmente su derecho quebrantado con el ilícito.

b) En el Derecho Internacional

Apoyados en la locución latina empleada en el derecho internacional público, *ius cogens*¹⁰⁴, los derechos humanos constituyen el consenso mínimo de la comunidad internacional de estados para la protección de los derechos y libertades de las personas bajo su jurisdicción, compromiso que cumplen desde la producción legislativa, reglamentación que debe adecuarse a unos mínimos de razonabilidad y proporcionalidad que toman como referente lo pergeñado por los tratados, declaraciones, resoluciones provenientes de los organismos internacionales encargados de la protección de los derechos humanos, que han vertebrado un *corpus* de estándar internacional.

¹⁰⁴ Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, art 53: Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Instrumentos que obligan *per se* a los estados partes si se trata de tratados, convenciones (*hard law*¹⁰⁵); mientras tanto, si bien las declaraciones, resoluciones (*soft law*¹⁰⁶) no vinculan jurídicamente si lo hacen políticamente y constituyen un instrumento fuerte que debe ser observado en calidad de recomendaciones dirigidas a toda la comunidad internacional.

Demos ahora una rápida mirada a los principales instrumentos que congloban este *corpus* internacional de protección, que han dejado su impronta en la legislación nacional en el tema de las víctimas:

b.1. Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios básicos de Justicia para las Víctimas de delitos y del abuso del poder

Documento reseñado en precedencia que marcó el día 29 noviembre de 1985 como fecha histórica en la reivindicación del derechos de las víctimas, momento en que se aprobó el compendio que abarca la definición de víctima, el derecho que tiene de acceder a la justicia, al restablecimiento y la indemnización hasta una asistencia integral.

b.2. Manual sobre el uso y aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder publicado en 1998

Tiene como objetivo principal promover la implementación de la Declaración en aras a evitar la victimización y generar mecanismos para suplir la deficiencia de los países en la contención del fenómeno victimológico. Transcribiremos el punto 11 que contiene la finalidad principal del manual:

[e]s dar a los países la posibilidad de establecer programas que presten apoyo emocional y financiero y que intervengan eficazmente en nombre de las víctimas en el contexto de la justicia penal y de las instituciones sociales. Al manual y a la publicación se les considera como guías para aplicar programas de servicios a las víctimas y para desarrollar protocolos, procedimientos y normas que tengan debidamente en cuenta a las víctimas, no sólo para su uso por los organismos de justicia penal que están en contacto con las víctimas, como la policía, el ministerio fiscal y los asistentes sociales, sino también para uso de la comunidad y de las propias víctimas¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Derecho duro.

¹⁰⁶ Derecho blando.

¹⁰⁷ Manual sobre el uso y aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder publicado en 1998.

b.3. Principios básicos para la protección y la promoción de los derechos humanos para la lucha contra la impunidad

Documento que ya fue mencionado en este trabajo, que retomamos para lo pertinente a este acápite, instrumento que se origina en el informe sobre la amnistía presentado por el ponente especial M. Louis JOINET en 1985 y se convierte en informe final en 1997 por la Subcomisión de derechos humanos de la ONU:

Resumen de la estructura de los principios básicos y su fundamento, “con referencia a los derechos de las víctimas consideradas como sujetos de derecho:

1. El derecho a saber de la víctima;
2. El derecho de la víctima a la justicia, y
3. El derecho a la reparación de la víctima”.

Derechos contenidos en 42 principios que se integran como un *desiderátum* sobre garantías a las víctimas, premisa cuyo objetivo es el de disuadir a los estados para que no adopten leyes de amnistía e indultos o leyes de punto final que fomenten la impunidad y burlen estos derechos, pregón que desarrolla específicamente el principio 19 desde el que se advierte a los estados que de patrocinar tales medidas contravienen sus obligaciones internacionales y como consecuencia abre la compuerta para la competencia de los tribunales extranjeros.

2. Referente al derecho a la justicia, no haremos mención por cuanto su fin es el mismo de los otros documentos estudiados.

Es importante para una mayor claridad, transliterar las medidas preventivas que aseguran el cumplimiento de este derecho por ser este su aspecto cardinal, reglas establecidas desde el principio 30:

Medidas restrictivas justificadas por la lucha contra la impunidad.

Medidas restrictivas deben ser utilizadas sobre ciertas reglas de derecho a fin de mejorar la lucha contra la impunidad. La finalidad es evitar que estas reglas sean utilizadas de tal manera que se conviertan en una prima a la impunidad, impidiendo así el curso de la justicia.

a) La prescripción.

31. La prescripción no puede ser opuesta a los crímenes graves que según el derecho internacional sean considerados crímenes contra la humanidad. En consideración a todas las violaciones, la

prescripción no puede correr durante el período donde no existe un recurso eficaz. Asimismo, la prescripción no se puede oponer a las acciones civiles, administrativas o disciplinarias ejercidas por las víctimas.

b) La amnistía.

32. La amnistía no puede ser acordada a los autores de violaciones en tanto las víctimas no hayan obtenido justicia por la vía de un recurso eficaz. Carece además de efecto jurídico alguno sobre las acciones de las víctimas relacionadas con el derecho a reparación.

c) El derecho de asilo.

33. Además de no corresponder el derecho a refugio político, el asilo territorial o diplomático tampoco puede ser acordado.

d) La extradición.

34. El carácter político de la infracción no se puede oponer para evitar la extradición, como así tampoco el principio de no extradición a los nacionales.

e) El proceso en ausencia.

Contrario a la práctica de la mayor parte de los países tributarios del derecho romano, los países de derecho anglosajón no reconocen, en su sistema jurídico, el proceso en ausencia o por contumacia. Esta laguna constituye una importante ventaja para la impunidad, especialmente cuando el país en cuestión rechaza colaborar con la justicia como por ejemplo con el Tribunal Penal Internacional de La Haya. A título de compromiso, ¿No se podría admitir el proceso en ausencia después de haber jurídicamente constatado tal rechazo de cooperación? En caso contrario, su no reconocimiento debería estar limitado a la sola fase del juicio.

f) La obediencia debida.

36. La obediencia debida no puede exonerar a los ejecutores de su responsabilidad penal; a lo sumo puede ser considerada como circunstancia atenuante. De igual modo, el hecho de que las violaciones hayan sido cometidas por un subordinado no puede exonerar a sus superiores si ellos no han hecho uso de los poderes de los que estaban investidos para impedir la violación o para hacerla finalizar una vez que hubieran conocido –o estuvieran en

posición de conocer— que la violación se estaba perpetrando o iba a ser perpetrada.

g) Las leyes de arrepentimiento.

37. En el marco de un proceso de restablecimiento de la democracia o de transición hacia ella, se suelen adoptar leyes sobre los arrepentidos, éstas pueden ser causa de disminución de la pena, pero no deben exonerar totalmente a los autores; se debe hacer una distinción, en razón de los riesgos tomados por su autor, según éste haya hecho sus revelaciones durante el período en el que se cometían las violaciones graves o después de este período.

h) Los tribunales militares.

38. En razón de la insuficiente independencia estatutaria de los tribunales militares, su competencia debe estar limitada a las infracciones específicamente militares cometidas por militares, y deben estar excluidas las violaciones graves de los derechos humanos, que deben ser competencia de los tribunales ordinarios.

Especial connotación tiene el derecho a la justicia, que implica la posibilidad para la víctima de un recurso justo y eficaz que le permita hacer valer sus derechos, que su agresor sea juzgado y así obtener su reparación

Prevencciones que cobran gran importancia como quiera que constituyen el marco dentro del cual los estados deben adelantar sus procesos transicionales sin olvidar los intereses que le son propios a los verdaderos protagonistas de estas graves vulneraciones de los derechos humanos, las víctimas., tema sobre el que volveremos más adelante cuando analicemos la Ley de Justicia y Paz y la Ley de Víctimas.

3. En materia de reparación, establece líneas definitorias individuales como generales y colectivas desde el principio 40, debe recalcar el énfasis sobre la necesidad de la integralidad de perjuicios que debe cubrir la reparación¹⁰⁸.

b.4.Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos

¹⁰⁸ Principios básicos para la protección y la promoción de los derechos humanos para la lucha contra la impunidad.

humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones

Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005, afirma la importancia de interponer recursos y obtener reparaciones de las víctimas de violaciones del derecho internacional a nivel nacional o internacional.

Reconocimiento que hace honor “a su palabra respecto del sufrimiento de las víctimas, los supervivientes y las generaciones futuras y reafirma el derecho internacional en la materia”.

Temario incorporado en la legislación penal colombiana en virtud del artículo 2º del Pacto de San José de Costa Rica (sobre el deber de adoptar disposiciones de derecho interno por parte de los estados que permitan hacer efectivos los derechos y libertades), en el Título III, capítulo único del código penal intitulado: “Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”.

Detengámonos ahora en los principios y directrices básicos diseñados para interponer recursos y acceder a la reparación:

I. Obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario

1. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos dimana de:

a) Los tratados en los que un Estado sea parte;

b) El derecho internacional consuetudinario;

c) El derecho interno de cada Estado.

2. Si no lo han hecho ya, los Estados se asegurarán, según requiere el derecho internacional, de que su derecho interno sea compatible con sus obligaciones jurídicas internacionales del modo siguiente:

a) Incorporando las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario a su derecho interno o aplicándolas de otro modo en su ordenamiento jurídico interno;

b) Adoptando procedimientos legislativos y administrativos apropiados y eficaces y otras medidas apropiadas que den un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia;

c) Disponiendo para las víctimas los recursos suficientes, eficaces, rápidos y apropiados que se definen más abajo, incluida la reparación;

d) Asegurando que su derecho interno proporcione como mínimo el mismo grado de protección a las víctimas que el que imponen sus obligaciones internacionales.

II. Alcance de la obligación

3. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de:

a) Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones;

b) Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional;

c) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia, como se describe más adelante, con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación; y

d) Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación, como se describe más adelante.

III. Violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional

4. En los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas. Además, en estos casos los Estados deberán, en conformidad con el derecho internacional, cooperar mutuamente y ayudar a los órganos

judiciales internacionales competentes a investigar tales violaciones y enjuiciar a los responsables.

5. Con tal fin, cuando así lo disponga un tratado aplicable o lo exija otra obligación jurídica internacional, los Estados incorporarán o aplicarán de otro modo dentro de su derecho interno las disposiciones apropiadas relativas a la jurisdicción universal. Además, cuando así lo disponga un tratado aplicable o lo exija otra obligación jurídica internacional, los Estados deberán facilitar la extradición o entrega de los culpables a otros Estados y a los órganos judiciales internacionales competentes y prestar asistencia judicial y otras formas de cooperación para la administración de la justicia internacional, en particular asistencia y protección a las víctimas y a los testigos, conforme a las normas jurídicas internacionales de derechos humanos y sin perjuicio de disposiciones jurídicas internacionales tales como las relativas a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

IV. Prescripción

6. Cuando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, no prescribirán las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional.

7. Las disposiciones nacionales sobre la prescripción de otros tipos de violaciones que no constituyan crímenes en virtud del derecho internacional, incluida la prescripción de las acciones civiles y otros procedimientos, no deberían ser excesivamente restrictivas.

V. Víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario

8. A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá

a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.

9. Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.

VI. Tratamiento de las víctimas

10. Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. El Estado debe velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas gocen de una consideración y atención especial para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma.

VII. Derecho de las víctimas a disponer de recursos

11. Entre los recursos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario figuran los siguientes derechos de la víctima, conforme a lo previsto en el derecho internacional:

- a) Acceso igual y efectivo a la justicia;
- b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido;
- c) Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.

VIII. Acceso a la justicia

12. La víctima de una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o de una violación grave del derecho internacional humanitario tendrá un acceso igual a un recurso judicial efectivo, conforme a lo previsto en el derecho internacional. Otros recursos de que dispone la víctima son el acceso a órganos administrativos y de otra índole, así como a mecanismos, modalidades y procedimientos utilizados conforme al derecho interno. Las obligaciones resultantes del derecho internacional para

asegurar el derecho al acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial deberán reflejarse en el derecho interno. A tal efecto, los Estados deben:

a) Dar a conocer, por conducto de mecanismos públicos y privados, información sobre todos los recursos disponibles contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario;

b) Adoptar medidas para minimizar los inconvenientes a las víctimas y sus representantes, proteger su intimidad contra injerencias ilegítimas, según proceda, y protegerlas de actos de intimidación y represalia, así como a sus familiares y testigos, antes, durante y después del procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo que afecte a los intereses de las víctimas;

c) Facilitar asistencia apropiada a las víctimas que tratan de acceder a la justicia;

d) Utilizar todos los medios jurídicos, diplomáticos y consulares apropiados para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos por violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o por violaciones graves del derecho internacional humanitario.

13. Además del acceso individual a la justicia, los Estados han de procurar establecer procedimientos para que grupos de víctimas puedan presentar demandas de reparación y obtener reparación, según proceda.

14. Los recursos adecuados, efectivos y rápidos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario han de comprender todos los procedimientos internacionales disponibles y apropiados a los que tenga derecho una persona y no deberían redundar en detrimento de ningún otro recurso interno.

IX. Reparación de los daños sufridos

15. Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas

internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima.

16. Los Estados han de procurar establecer programas nacionales de reparación y otra asistencia a las víctimas cuando el responsable de los daños sufridos no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones.

17. Los Estados ejecutarán, con respecto a las reclamaciones de las víctimas, las sentencias de sus tribunales que impongan reparaciones a las personas o entidades responsables de los daños sufridos, y procurarán ejecutar las sentencias extranjeras válidas que impongan reparaciones con arreglo al derecho interno y a las obligaciones jurídicas internacionales. Con ese fin, los Estados deben establecer en su derecho interno mecanismos eficaces para la ejecución de las sentencias que obliguen a reparar daños.

18. Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

19. La *restitución*, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

20. La *indemnización* ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas

internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes:

- a) El daño físico o mental;
- b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;
- c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;
- d) Los perjuicios morales;
- e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

21. La *rehabilitación* ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.

22. La *satisfacción* ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes:

- a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones;
- b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones;
- c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad;
- d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella;
- e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades;
- f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;
- g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas;
- h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos

humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.

23. Las *garantías de no repetición* han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención:

- a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad;
- b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad;
- c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial;
- d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos;
- e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad;
- f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales;
- g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales;
- h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.

X. Acceso a información pertinente sobre violaciones y mecanismos de reparación

24. Los Estados han de arbitrar medios de informar al público en general, y en particular a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones

graves del derecho internacional humanitario, de los derechos y recursos que se tratan en los presentes Principios y directrices básicos y de todos los servicios jurídicos, médicos, psicológicos, sociales, administrativos y de otra índole a los que pueden tener derecho las víctimas. Además, las víctimas y sus representantes han de tener derecho a solicitar y obtener información sobre las causas de su victimización y sobre las causas y condiciones de las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, así como a conocer la verdad acerca de esas violaciones.

XI. No discriminación

25. La aplicación e interpretación de los presentes Principios y directrices básicos se ajustará sin excepción a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, sin discriminación de ninguna clase ni por ningún motivo.

XII. Efecto no derogatorio

26. Nada de lo dispuesto en los presentes Principios y directrices básicos se interpretará en el sentido de que restringe o deroga cualquiera de los derechos u obligaciones dimanantes del derecho interno y del derecho internacional. En particular, se entiende que los presentes Principios y directrices básicos se aplicarán sin perjuicio del derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Se entiende además que los presentes Principios y directrices básicos se aplicarán sin perjuicio de las normas especiales del derecho internacional.

XIII. Derechos de otras personas

27. Nada de lo dispuesto en el presente documento se interpretará en el sentido de que menoscaba los derechos internacional o nacionalmente protegidos de otras personas, en particular el derecho de las personas acusadas a beneficiarse de las normas aplica¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

c) En el Derecho Comparado

La *Constitución Norteamericana* adoptada en 1787 ha aportado a la evolución del constitucionalismo hispanoamericano, en especial por medio de los derechos civiles (*Bill of Rights*) contenidos en las primeras diez enmiendas, trascendiendo incluso al ámbito del nuevo modelo de procesamiento penal recién implementado por estos estados con reglas que debe ser tenidas en cuenta por las autoridades en la persecución penal (interdicción de registros e incautaciones irrazonables –IV enmienda–; debido proceso e autoincriminación –V–; juez natural, derecho a confrontar y presentar testigo y asistencia de un abogado defensor –VI–)¹¹⁰.

La Declaración de Derechos de la nación norteamericana ha inspirado al vigente derecho de la víctima del delito y de la violencia, consiguientemente son elaboraciones que informaron la normatividad compendiada en la Ley 906 y otras disposiciones que podemos sintetizar en:

- El derecho de notificación de las decisiones, o derecho a ser informadas.
- Derecho a la asistencia.
- El derecho a ser oídas.
- El derecho a notificación de todas las salidas legales, como ejercicio del principio de oportunidad, declaración de preclusión, preacuerdos, etc.
- El derecho a protección, y desde luego
- El derecho a compensación y restitución.

En pocas palabras como resalta este apartado, merced a las fuentes de derecho reseñadas se llegó a un desarrollo normativo profuso en el intento de establecer tal como se señaló en el inicio de este trabajo un régimen aparentemente protector que fuera conteste con un Estado Social de Derecho, que al menos en su aspecto formal salvaguardara el derecho de las víctimas, adecuándolo al nuevo sistema.

Después de este intento de situar la génesis internacional del actual panorama procesal de la víctima, detengámonos en el análisis del mapa normativo de la víctima en el orden jurídico interno:

¹¹⁰ Como dato de referencia con nuestra constitución de 2001, la norteamericana hasta la fecha en más de doscientos veintitrés años de vigencia sólo ha sufrido XXVII enmiendas, la nuestra 35 en sólo 21 años.

3.1.3. *Estructura procesal penal de los derechos de la víctima*

Se pueden distinguir tres grandes bloques contentivos del derecho de acceso a la administración de justicia de la víctima del delito en el estatuto procesal penal actual:

- A. Integrado por los principios rectores y el capítulo IV que arrojan una visión general
- B. Comprende un tema central, el incidente de reparación integral
- C. Establece de manera tangencial el marco de la justicia restaurativa

Bajo ese entendido y con el propósito de diagramar la normatividad referida, se emprenderá el recorrido tendiente a demostrar en que magnitud, la vigencia de la nueva ley procesal penal ha tornado en refractario el derecho de las víctimas:

A. *Primer bloque: Principios Rectores y Capítulo IV*

La Ley 906 determinó la calidad de víctima sólo a partir de la audiencia de formulación de acusación momento en que se le otorga personería jurídica a su representante legal¹¹¹.

Situación limitante de la accesibilidad a la víctima a una tutela judicial efectiva, pues a pesar de que en el principio rector contenido en el artículo 11 literal e (Ley 906) prescribió: “el derecho a recibir desde el primer contacto con las autoridades en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del cual han sido víctimas”, no ha sido aclarado hasta la fecha: ¿Cuáles son esos términos?; además que tal concesión en cualquier caso resulta vaga e indeterminada al no responder a los siguientes interrogantes: ¿cómo puede conocer la verdad de lo acaecido, de lo que le ha producido daño y consecuentemente perjuicios?; ¿por medio de quién?

Pero se constituye en factor aún más condicionante de las garantías que deben amparar a la víctima del delito, el obstáculo impuesto por la nueva codificación cuando no le dio posibilidad de intervenir en el

¹¹¹ Artículo 340 Ley 906. *La víctima*. En esta audiencia se determinará la calidad de víctima, de conformidad con el Artículo 132 de este código. Se reconocerá su representación legal en caso de que se constituya. De existir un número plural de víctimas, el juez podrá determinar igual número de representantes al de defensores para que intervengan en el transcurso del juicio oral.

tema probatorio, restricción establecida por el legislador en la norma que consagró (artículo 357) la facultad de solicitar pruebas a las partes e incluso al Ministerio Público, pero no a la víctima:

“Artículo 357. Solicitudes probatorias. Durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.

El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código.

Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso.

Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por estas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica”.

Consideraciones que devienen de la interpretación gramatical, sistemática e histórica¹¹² de las disposiciones procesales relativas al tema bajo estudio, omisión legislativa que ha sido paliada en parte por vía jurisprudencial constitucional, en orden de importancia es relevante citar las siguientes decisiones:

¹¹² Los métodos tradicionales de hermenéutica jurídica los podemos sintetizar en: a) método gramatical, también conocido como literal, tal vez el primero en ser utilizado como medio para interpretar el significado y sentido de la norma a través del estudio y análisis de la letra de su propio texto.

Pertenece al llamado método exegético, “(...) El texto legal puede ser claro, tan claro que no surja ninguna duda sobre el pensamiento de sus redactores. En tal hipótesis debe aplicarse en sus términos... En esta coyuntura, la interpretación resulta puramente *gramatical*.

Cuando es oscura o incompleta, no basta el examen gramatical, es necesario echar mano de la llamada *interpretación lógica*. Su fin estriba en descubrir el espíritu de la ley, para, controlar, completar, restringir o extenderse letra” (JHERING);

b) Método sistemático: Este sistema introduce la idea de que una norma no es un mandato aislado, sino que responde al sistema jurídico normativo orientado hacia un determinado rumbo en el que, conjuntamente con otras normas, se encuentra vigente; que, por tanto, siendo parte de este sistema, el significado de la norma podrá entonces obtenerse de los principios que inspiran ese sistema.

c) Método histórico, a través de éste método se pretende interpretar la norma recurriendo a sus antecedentes, como las ideas de sus autores al concebir o elaborar los proyectos, los motivos que propiciaron la redacción y emisión de la ley, informes, debates, etc.

d) Método teleológico: Es aquel que pretende llegar a la interpretación de la norma a través del fin de la misma, buscando en su espíritu, que es la finalidad por la cual la norma fue incorporada al ordenamiento jurídico.

1) Sentencia C-454/06, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, donde se realizó el control constitucional a los artículos 135 y 357, decisión que amplía el alcance del artículo 135, en cuanto a que la información de la actuación procesal se debe referir no sólo a la reparación desde la perspectiva indemnizatoria sino de la reparación que incluya su derecho a la justicia y a conocer la verdad real de los sucedido.

Respecto al artículo 357, la Corte condicionó su ejecutabilidad en el entendido que los representantes de las víctimas en el proceso penal pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la Fiscalía.

La efectividad del derecho a acceder a la justicia, en el que se inscriben los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas, se encuentra en una relación directa con el derecho a probar. El derecho a conocer la verdad sobre los hechos que entrañan el agravio a la víctima, está inescindiblemente vinculado con la posibilidad de probar; el derecho a la justicia resulta inconcebible al margen de una posibilidad real de incidir probatoriamente en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades; y el derecho a la reparación, cuando se ejerce en el proceso penal, se consolida a partir de la determinación de la responsabilidad por el hecho punible.

[Continuó señalado el máximo Tribunal] la interdependencia de estos derechos conlleva a que el derecho a aportar y solicitar pruebas en torno al hecho mismo, las circunstancias, la determinación de los autores o partícipes, y la magnitud del daño, se constituya en un presupuesto inexcusable del derecho de las víctimas a acceder efectivamente a la justicia. Resulta inane que se contemple la posibilidad de asistencia de los representantes de las víctimas a la audiencia preparatoria (Art. 355 CPP), que se exija que en esa diligencia deba estar asistida por un profesional del derecho o estudiante de consultorio jurídico (Art. 137.3 CPP), y paralelamente se le excluya de la posibilidad de realizar solicitudes probatorias, tal como lo establece la norma demandada.

La naturaleza bilateral del derecho a la tutela judicial efectiva, impone que se reconozcan a la víctima garantías de acceso a la justicia similares a las que se reconocen al imputado o acusado (...)¹¹³.

¹¹³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-454 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

2) La sentencia C-209/07 ratifica y refuerza esa línea jurisprudencial, recurriendo a las recomendaciones y directrices provenientes del derecho internacional y derecho comparado.

(...) la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso: 1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos. 2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad. 3) El derecho a la reparación del daño causado consistente en la compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito¹¹⁴.

En lo tocante al aspecto probatorio condicionó los artículos 284, 289, 333, 344, 356, 358 y 359 en el entendido que la víctima puede en su condición de interviniente actuar probatoriamente en todo el decurso del proceso en similitud de condiciones de las partes del mismo, valga decir, Fiscalía y Defensa y del otro interviniente, Ministerio Público, eso sí, restringiendo su potestad probatoria en sede del juicio donde no puede intervenir en la incorporación de pruebas, oposición al ingreso de evidencia, etc. También le está vedada la exposición de la teoría del caso, todo esto para asegurar la sostenibilidad de un sistema con principio acusatorio.

1. El numeral 2 del artículo 284, en el entendido de que la víctima también puede solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías.
2. El artículo 289, en el entendido de que la víctima también puede estar presente en la audiencia de formulación de la imputación.
3. El artículo 333 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que las víctimas pueden allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal.
4. El artículo 344, en el entendido de que la víctima también puede solicitar al juez el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica.

¹¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-228 de 2002, M.P. Cepeda Espinosa Manuel José y Montealegre Lynett, Eduardo.

5. Las expresiones “la Fiscalía”, “la defensa” y “las partes” contenidas en el artículo 356, en el entendido de que la víctima puede hacer observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y de la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral.

6. El artículo 358, en el entendido de que la víctima también puede hacer dicha solicitud.

7. El artículo 359, en el entendido de que la víctima también puede solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba.

8. Los artículos 137, 306, 316 y 342, en el entendido de que la víctima también puede acudir directamente ante el juez de control de garantías a solicitar la medida de protección.

9. El artículo 339, en el entendido de que la víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para efectuar observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades¹¹⁵.

En cuanto las razones que determinaron este reconocimiento por parte del juez constitucional partiendo de la contextualización de la víctima en el nuevo procedimiento.

La Corte analizó globalmente el lugar y el papel de las víctimas del delito en el proceso penal de tendencia acusatoria. No obstante la implantación de un nuevo procedimiento, los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación integral deben ser protegidos sin afectar la estructura procesal y los principios del sistema de orientación acusatoria.

La Corte resaltó que el artículo 250, de la Constitución modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002 asignó a la Fiscalía la función de solicitar al juez de conocimiento las medidas judiciales relacionadas con el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los afectados con el delito. Así mismo, dispuso que “la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa”.

En esta sentencia la Corte interpreta el Acto Legislativo 03 de 2002 a la luz de la jurisprudencia sobre los derechos de las víctimas con miras

¹¹⁵ Ibíd.

a armonizarlos con el nuevo sistema penal, aspecto sustancial de esta sentencia es lo detectado por la Corte en la legislación demandada, exclusiones legislativas que no permiten la intervención eficaz de la víctima en el proceso en procura de hacer efectivos sus aludidos derechos:

a) El legislador omitió incluir a las víctimas dentro de las partes o intervinientes que pueden ejercer facultades referentes a la solicitud, descubrimiento, exhibición, exclusión, rechazo e inadmisibilidad, práctica y contradicción de pruebas o elementos materiales probatorios. Así los artículos 284, 344, 356, 358, 359, 378, 391 y 395 de la Ley 906 de 2004, establecen que tales facultades sólo pueden ser ejercidas en las respectivas etapas procesales, por la Fiscalía, la defensa, las partes y excepcionalmente, el Ministerio Público. Al respecto, la Corte señaló que no se observa una razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima, del uso de las facultades que se otorgan a las partes e intervinientes en el proceso penal, en los artículos 284, 344, 356, 358 y 359 de la Ley 906 de 2004, como quiera que su participación en actuaciones correspondientes a la etapa previa al juicio, no conlleva una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal introducido por el Acto legislativo 03 de 2002, no altera la igualdad de armas, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente en cada caso. Teniendo en cuenta que esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal en las etapas previas al juicio e impide asegurar una garantía efectiva de los derechos de las víctimas a la verdad, a ser oídos y facilitarles el aporte de pruebas, se condicionó la exequibilidad de los artículos 284, 344, 356, 358 y 359 de la Ley 906 de 2004, a que la víctima pueda ejercer también las facultades probatorias previstas en cada caso por estas disposiciones legales.

b) De otra parte, la Corte no advirtió una razón objetiva y suficiente que justifique que sólo el fiscal tenga la posibilidad de solicitar al juez de control de garantías medidas de protección, con lo cual deja desprotegida a la víctima ante omisiones del fiscal o circunstancias apremiantes de hostigamiento, amenaza, incumplimiento o necesidad de cambio de la medida. Permitirle a la víctima solicitar ese tipo de medidas, no genera una desigualdad de armas, no altera los rasgos fundamentales del sistema penal con tendencia acusatoria estatuido en la Ley 906 de 2004, ni implica una transformación del papel de interviniente especial que tiene la víctima dentro de este sistema procesal penal. Por el contrario, la exclusión de la víctima de la posibilidad de solicitar esas medidas, entraña el incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una

intervención efectiva de la víctima en el proceso penal consagrado en el numeral 7) del artículo 250 de la Carta. Por tal motivo, se condicionó la exequibilidad de los artículos 137, 306, 316 y 342 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede acudir directamente ante el juez de control de garantías a solicitar medida de protección. d) De igual manera, se condicionó la exequibilidad del inciso cuarto del artículo 333 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que las víctimas también pueden presentar elementos materiales probatorios y evidencia física en la audiencia de preclusión para oponerse a la petición del fiscal. Esto, en razón a que el debate probatorio se efectúa únicamente en el juicio oral, pero se pueden allegar elementos probatorios para desvirtuar la petición de preclusión, en guarda de los derechos fundamentales a la justicia y al debido proceso de las víctimas.

c) En cuanto se refiere a la posibilidad de intervención de la víctima en la actuación a que da lugar la aplicación del principio de oportunidad, la Corte observó que el artículo 328 de la Ley 906 de 2004 ordena al fiscal tener en cuenta los intereses —que en realidad son derechos— de las víctimas y para ello debe oír a las que estén presentes en la actuación. Por lo tanto, el artículo 324 acusado no establece una omisión legislativa relativa, ya que debe ser aplicado en concordancia con el mencionado artículo 328.

d) De otro lado, la Corte determinó que la entrega de copia del escrito de acusación a la víctima con “fines únicos de información” y su exclusión de la audiencia de formulación de la acusación, clausura la posibilidad de la víctima de ejercer un control sobre la acusación, ni sobre la adecuación típica o el descubrimiento de pruebas que hará valer el fiscal en la etapa del juicio oral, mientras que las partes e intervinientes como el Ministerio Público sí tienen esa posibilidad. Teniendo en cuenta la trascendencia de la participación de la víctima en esta etapa de la actuación penal, la Corte encontró que es claro que la omisión del legislador pone en riesgo la efectividad de los derechos de la víctima y por ello resulta inconstitucional la expresión “con fines únicos de información” del artículo 337 de la Ley 906 de 2004. Por la misma razón, la Corte condicionó la exequibilidad del artículo 339, en el entendido de que la víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para efectuar observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades. En consecuencia, la Corte integró la unidad normativa con el artículo 289 de la Ley 906 de

2004, para condicionar su exequibilidad a que la víctima puede estar presente en la audiencia de formulación de la imputación.

e) Cosa distinta sucede con la posibilidad de que la víctima intervenga en la etapa del juicio oral para presentar una teoría del caso, diferente o contraria a la del fiscal y de la defensa, pues se alteraría la estructura del proceso penal de tendencia acusatoria. La Corte advirtió que ya en las etapas previas la víctima ha tenido la oportunidad de participar como interviniente especial en la construcción del caso y en la etapa del juicio oral, a través de su abogado, que debe ser oído por el fiscal, podrá ejercer sus derechos sin convertirse en una parte que pueda presentar y defender su propio caso al margen o en contra del fiscal. En consecuencia, fue declarado exequible por este aspecto, el artículo 371 de la Ley 906 de 2004. h) Por último, la Corte determinó que es al legislador a quien compete establecer los casos en los que procede la impugnación de las decisiones judiciales sin que la Corte pueda por vía general disponer la procedencia general del recurso de apelación. En este sentido, los artículos 11 y 137 de la Ley 906 de 2004, que regulan los derechos de las víctimas y la intervención de estas en el proceso penal¹¹⁶.

Línea jurisprudencial que denota tácitamente la misma falencia que se revela en el presente escrito, valga decir, la marcada involución en la tutela judicial efectiva de la víctima del delito detectadas desde las disposiciones normativas del nuevo ordenamiento procesal penal, evidenciándose como retardataria de los avances que jurisprudencialmente se habían logrado.

Surge con claridad meridiana que el constituyente derivado atendió las directrices provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del derecho comparado, modificando el artículo 250 superior que en forma expresa otorgó rango constitucional al derecho de las víctimas, dándole connotación de interviniente esencial garantizando su participación en la asignación hecha a la Fiscalía del deber de velar por su protección y asistencia especializada.

La omisión se presenta a nivel legislativo, falencia que no ha sido aceptada pacíficamente en las diferentes mesas de trabajo interinstitucionales convocadas para el efecto, es más, es abiertamente ignorada y desconocida por quienes tienen el deber de inclinarse por enmendarla.

¹¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Estas inexactitudes han tornado en inocuo el derecho de la víctima en el proceso penal de la Ley 906.

B. Segundo bloque: Incidente de Reparación Integral

En este apartado, estudiaremos la audiencia de trámite por medio de la cual la víctima interviene para efectos de ser resarcida por el perjuicio producido por el ilícito.

1. Precisiones y conceptos sobre el mecanismo de reparación

Su esencia continúa siendo el reconocimiento de la obligación originada en el daño causado a la víctima con el ilícito que se extiende al reconocimiento de perjuicios, disposición civilista contenida en el artículo 2341 de ese estatuto.

También reconoce el artículo 94 del código penal que la conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella.

En concreto la naturaleza del incidente de reparación de perjuicios en el sistema acusatorio se describe a través de las distintas interpretaciones jurisprudenciales.

(...) mecanismo procesal encaminado a viabilizar de manera efectiva y oportuna la reparación integral de la víctima por el daño causado con el delito, por parte de quien o de quienes puedan ser considerados civilmente responsables o deban sufragar los costos de tales condenas (el declarado penalmente responsable, el tercero civilmente responsable y la asegurador)

(...)

Se trata, entonces, de un mecanismo procesal independiente y posterior al trámite penal propiamente dicho, pues el mismo ya no busca obtener esa declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito –reparación en sentido lato– y cualesquiera otras expresiones encaminadas a obtener la satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia, todo lo cual está cobijado por la responsabilidad civil (...)¹¹⁷.

¹¹⁷ Corte Suprema de justicia, Sala Penal, Proceso no 34145, M.P. Espinosa Pérez Sigifredo del 13 de abril de 2011.

Puntualizada la naturaleza del deber de reparar y quienes están obligados, nos detendremos en algunas precisiones terminológicas y estratégicas a tener en cuenta:

a) *Incidente*. - El tratadista uruguayo COUTURE (1904-1956), lo define en “Fundamentos de Derecho Procesal Civil”¹¹⁸ (clásico de obligatoria referencia) como litigio accesorio suscitado con ocasión de un juicio, normalmente sobre circunstancias de orden procesal, y que se decide mediante una sentencia interlocutoria.

b) *Sentencia interlocutoria*. - la que se profiere dentro del juicio, y sin prejuzgar el fondo del problema debatido, resuelve cuestiones incidentales.

c) *Daño*. - “Significa la lesión sufrida, que es considerada *un hecho bruto* que se aprecia en el sustrato u objeto sobre el cual recae esta lesión (de los bienes, de los cuerpos, de los sentimientos)”¹¹⁹.

d) *Perjuicio*. - Se distingue del daño “cuyo concepto jurídico es el efecto o la continuación del daño: un atentado a la integridad física, es decir un daño corporal, puede así engendrar un perjuicio patrimonial (por ejemplo, la pérdida de salario, gastos médicos) y un perjuicio extrapatrimonial (sufrimiento moral entre otras)”¹²⁰.

El perjuicio es el fundamento que permite determinar la responsabilidad, así se habla de la necesidad del perjuicio “En responsabilidad no hay acción sin perjuicio (...). En este sentido, el perjuicio constituye el fundamento de toda responsabilidad”¹²¹.

e) *Condena en costas*. - Se impone familiarizarse con este instituto puesto que el Incidente de Reparación trae como consecuencia el pago de costas, no como hasta ahora pensábamos algunos operadores judiciales, apoyados en el principio rector contenido en el art. 13¹²² del C.P.P., que toda la actuación procesal se regía por la gratuidad y que por lo tanto las costas y las agencias de derecho no eran aplicables a un sistema con tendencia acusatoria vertebrado por el principio adversarial.

¹¹⁸ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Ediciones Desalma, 1993.

¹¹⁹ LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilidad civil*, 3ª ed., Bogotá: Legis 2010, p. 59.

¹²⁰ *Ídem*, p. 58.

¹²¹ *Ídem*, p. 59.

¹²² Ley 906, art. 13 *Gratuidad*. La actuación procesal no causará erogación alguna a quienes en ella intervengan, en cuanto al servicio que presta la administración de justicia.

Después de esta breve actualización, cabe precisar que el fundamento de esta condena es el hecho objetivo de la derrota, “La gran mayoría de legislaciones adopta el principio de responsabilidad objetiva, resumido en el aforismo de que ‘el que pierde paga’, para los juicios especiales, los incidentes (...) Las legislaciones europeas y buena parte de las americanas, consagran para el juicio ordinario, el principio general de que las costas son siempre a cargo del vencido (...)”¹²³.

Ahora bien, por expresa remisión del artículo 25 de la ley 906, en materias que no estén reguladas en esa normativa o demás disposiciones complementarias se aplican las del Código de Procedimiento Civil, debiendo entonces las partes y los jueces de lo penal basarse en las siguientes reglas:

Art. 392.- Modificado. Decreto 2282 de 1989, Art. 1. Num. 198. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquéllos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, a la que pierda el incidente o los trámites especiales que lo sustituyen, señalados en el numeral 4 del artículo 351, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este Código.

En ningún caso la nación, (las instituciones financieras nacionalizadas)*, los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales y los municipios podrán ser condenados a pagar agencias en derecho, ni reembolso de impuestos de timbre.

2. La condena se hará en sentencia; en el auto que resuelve el incidente o trámite especial que lo sustituye, el recurso y la oposición; para estos efectos se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 73.

3. En la sentencia de segundo grado que confirme en todas sus partes la del inferior; se condenará al recurrente en las costas de la segunda instancia.

¹²³ COUTURE, Eduardo J. *Estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil*, Serie Clásicos del derecho procesal civil, México: Editorial Jurídica Universitaria, vol. 2, 2001, p. 211.

4. Cuando la sentencia de segundo grado revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se le reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

* Inexequible. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de julio 26 de 1990.

Art. 393.- Modificado. Decreto 2282 de 1989, Art. 1. Num. 199. Liquidación. Las costas serán liquidadas en el tribunal o juzgado de la respectiva instancia o recurso, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que las imponga o la de obediencia a lo resuelto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

1. El secretario hará la liquidación y corresponderá al magistrado ponente o al juez aprobarla u ordenar que se rehaga.

2. La liquidación incluirá el valor de los impuestos de timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado ponente o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

(No habrá lugar a agencias en derecho a favor de la nación, de las instituciones financieras nacionalizadas, los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales y los municipios)*.

3. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas establecidas, con aprobación del Ministerio de Justicia, por el colegio de abogados del respectivo distrito, o de otro si allí no existiere. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste un máximo, el juez tendrá además en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

Sólo podrá reclamarse la fijación de agencias en derecho mediante objeción a la liquidación de costas.

4. Elaborada por el secretario la liquidación, quedará a disposición de las partes por tres días, dentro de los cuales podrán objetarla.

5. Si la liquidación no es objetada oportunamente, será aprobada por auto que no admite recurso alguno.

6. Formulada objeción, el escrito quedará en la secretaría por dos días en traslado a la parte contraria; surtido éste se pasará el expediente al despacho, y el juez o magistrado resolverá si reforma la liquidación o la aprueba sin modificaciones.

Cuando en el escrito de objeciones se solicite un dictamen de peritos sobre las agencias en derecho, se decretará y rendirá dentro de los cinco días siguientes. El dictamen no requiere traslado ni es objetable, y una vez rendido se pronunciará la providencia pertinente de conformidad con el dictamen, excepto que el juez o el magistrado ponente estime que adolece de error grave, en cuyo caso hará la regulación que considere equitativa. El auto que apruebe la liquidación será apelable, respecto a las agencias en derecho, en el efecto diferido por el deudor de ellas y en el devolutivo por el acreedor¹²⁴.

* Inexequible. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de abril 25 de 1991.

Es indispensable tener en cuenta que a partir del 12 de julio de 2012 entró a regir la Ley 1564 del mismo año, mejor conocida como Código General del Proceso que en su artículo 1º fija como objeto regular la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios¹²⁵.

¹²⁴ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Título XX. Costas.

¹²⁵ Ley 1564, Código General del Proceso, art. 1º.

De lo precedentemente expuesto, surge que la consecuencia para la parte e interviniente o tercero civilmente responsable por la omisión de actuaciones procesales pertinentes o peticiones carentes de fundamentación probatoria, es el empeoramiento de su situación procesal, que no sólo conduce a que se desestime su pretensión sino que además se le imponga liquidación en costas, por todo esto, jamás debe perderse de vista que toda la actuación en el actual procedimiento debe gobernarse conforme a una estrategia previamente diseñada, no obedece al azar, por consiguiente, debe ceñirse por una verdadera ponderación de costes y beneficios.

Para una precisión conceptual sobre lo costas, expensas y agencias en derecho se translitera lo pertinente de la sentencia en comento:

Definición de costas, expensas y agencias en derecho.

La doctrina entiende por costas procesales los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio. La noción incluye las expensas y las agencias en derecho:

(...) *las expensas* son los gastos necesarios realizados por cualquiera de las partes para adelantar el proceso, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos y los curadores, los impuestos de timbre, el valor de las copias, registros, pólizas, gastos de publicaciones, etc.

Las *agencias en derecho*, corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, esto es, el pago de los honorarios de los profesionales del derecho que cada parte debió contratar para adelantar la gestión.

De esa manera, aunque las expensas incluyen los gastos necesarios para adelantar el proceso, no abarca los honorarios que se paguen a los abogados, porque estos corresponden a las agencias en derecho, que constituyen un rubro adicional a aquellas, integrando el concepto de costas¹²⁶.

f) *Simulación*.- Otro gran obstáculo que se ven obligadas a sortear las víctimas, tiene que ver con las maniobras fraudulentas adelantadas por algunos infractores con el fin de insolventarse y de esta forma evadir su responsabilidad civil.

¹²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, Proceso No. 34145 del 13 de abril de 2011.

En la disciplina del derecho no ofrece mayor resistencia el conocimiento que la simulación se dirige a defraudar a los terceros o a ocultar una violación legal¹²⁷, razonamiento derivado de la finalidad perseguida por los simuladores, supuesto de hecho recogido en la acepción aceptada por la doctrina mayoritaria “negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como aparece. Entre la forma extrínseca y la esencia íntima hay un contraste llamativo: el negocio que, aparentemente, es serio y eficaz, es en sí mentiroso y ficticio, o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto. Ese negocio, pues, está destinado a provocar una ilusión en el público, que es inducido a creer en su existencia o en su naturaleza tal como aparece declarada, cuando, en verdad, o no se realizó o se realizó otro negocio diferente del expresado en el contrato”¹²⁸.

Ahora para una más sencilla comprensión pasemos a observar su estructura:

- Una declaración deliberadamente disconforme con la intención.
- Concertada de acuerdo entre las partes.
- Para engañar a terceras personas¹²⁹.

La gran dificultad para la víctima muchas veces insalvable es la demostración de la divergencia intencional entre la voluntad y lo declarado en ese negocio jurídico, situación puesta de relieve por la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencias: del 4 de noviembre de 1999, ponencia del Dr.: Jorge Antonio Castillo Rúgeles, expediente 5225, del 27 de agosto de 2002 ponencia del Dr.: Jorge Santos Caballero, expediente 6926; de la Corte Constitucional sentencia T325 de julio 2 de 1998, ponencia Dr.: Eduardo Cifuentes Muñoz, sentencia T-1091 del 6 de noviembre de 2008, ponencia Dr.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Pero tal vez la mayor complicación para la demostración del fraude o colusión es que debe ventilarse en otro escenario judicial, por medio de un proceso ordinario, hecho que muchas veces hace inviable la pretensión reparatoria de la víctima.

Encaminados a proveer soluciones que faciliten la demostración de un acto de simulación que puedan defraudar los derechos de las víctimas, si se incursiona en un proceso ordinario referido, debe observarse

¹²⁷ FERRARA, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos*, Bogotá: Leyer, 2008.

¹²⁸ *Ib.*, p. 76.

¹²⁹ *Ib.*, p. 77.

básicamente para demostrar la simulación los siguientes medios de prueba:

- La causa simulandi o base de la prueba judicial

Esta ha de ser siempre el punto de partida, la causa *simulandi* es el interés que lleva a las partes a hacer un contrato simulado, el motivo que induce a dar apariencia aun negocio jurídico que no existe, o a presentarlo en forma distinta a la que corresponde: es el porqué del engaño (...) está generalmente en el interés del deudor de substraer su patrimonio...

Es de gran importancia determinarla, porque contribuye dejar entrever la posibilidad de la simulación y predispone el ánimo del juez a conformarse con el resultado de la prueba. *Es la manera de demostración del propósito de delinquir en la investigación de un delito*. Faltando la causa, por el contrario, se afirma más la creencia de que el acto es verdadero, pues no es verosímil que se urda un engaño sin causa para ello; caería en el vacío la prueba que intentase demostrar cosa tan fuera de toda lógica, y no lograría quitar fe al documento.

- Las presunciones de simulación

Establecida la causa de simulación, los impugnantes deducirán de ella los elementos y conjeturas que puedan servir para demostrar la inexistencia o simulación del contrato, yendo de lo conocido a lo desconocido por el método de inducción.

Demostrado el interés de simular, será necesario deducir los indicios y presunciones que acompañen el acto y ayuden a comprobar su carácter aparente:

a) *a las personas de los contratantes*,... y así sucede que esas ventas simuladas se realizan, no a favor de un extraño, sino de un íntimo amigo, o de algún pariente próximo *coniunctio sanguinis et affectio contrahentium*.

b) *Imposibilidad económica en el adquirente para realizar el contrato y cumplir las obligaciones que de él nacen*.

c) *Falta de ejecución material del contrato simulado*.

d) *Manera de realizarse el contrato*¹³⁰.

Para concluir, la simulación es la manera preferida por los infractores de la ley penal para insolventarse y evadir su compromiso indemnizatorio,

¹³⁰ Ib., p. 362.

de advertirse por tanto debe incoarse un proceso ordinario de simulación siguiendo las pautas probatorias mencionadas, desde luego, es deber de la Fiscalía desde el mismo diseño de su programa metodológico tomar medidas preventivas reales o solicitar el comiso de bienes del comprometido penalmente para asegurar los derechos de las víctimas.

2. Fundamento constitucional y legal

El artículo 229 superior como lo hemos venido reiterando, consagra el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, conocido por la doctrina como derecho a la tutela judicial efectiva, prerrogativa que incorpora la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de acudir en condiciones de igualdad, ante los órganos de investigación, los jueces y los tribunales de justicia, para demandar la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con plena observancia de las garantías sustanciales y adjetivas previstas en la ley¹³¹.

Del mismo modo, el Acto Legislativo 03 de 2001 enmendó al canon 250 original, otorgando en los numerales 6º y 7º rango superior al derecho de las víctimas, prerrogativas desarrolladas legalmente desde el principio rector contenido en el artículo 11 de la Ley 906 y los artículos 102 y subsiguientes que regulan la materia.

Aspecto para tener en cuenta antes de promover el trámite incidental es el de que a pesar de que casi todas las legislaciones han establecido como regla general la no causación de erogación pecuniaria en el decurso del proceso penal para ninguna de las partes ni intervinientes (al igual la nuestra –art 13–), algunas escindiendo ese concepto de gratuidad para el incidente, imponen liquidación de costas procesales para la parte que resulta derrotada mediante decisión judicial, costas que comprenden las expensas y agencias en derecho en que incurrió la parte vencedora y que deben serle reembolsadas, asunto sobre el que hemos advertido en precedencia.

3. Naturaleza del incidente de Reparación Integral

Como se deriva de la descripción de incidente relacionada anteriormente, el incidente tiene lugar una vez concluidas las etapas del

¹³¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-250/11, M.P. Mauricio González Cuervo.

proceso, esto es investigación y juicio e incluso una vez resuelto el recurso de apelación si fuera propuesto, recuérdese que tiene que darse como presupuesto para su iniciación una sentencia condenatoria en firme, también que dicho incidente es efecto de la responsabilidad civil, en el mismo sentido se ha expresado la doctrina jurisprudencial:

El incidente de reparación integral adoptado en la sistemática de la Ley 906 de 2004, es un mecanismo procesal encaminado a viabilizar de manera efectiva y oportuna la reparación integral de la víctima por el daño causado con el delito, por parte de quien o quienes puedan ser considerados civilmente responsables o deban sufragar los costos de tales condenas (el declarado penalmente responsable, el tercero civilmente responsable y la aseguradora), trámite que tiene lugar una vez emitido el fallo que declara la responsabilidad penal del acusado, agotadas, por supuesto, las etapas procesales de investigación y juicio oral.

Se trata, entonces, de un mecanismo procesal independiente y posterior al trámite penal propiamente dicho, pues el mismo ya no busca obtener esa declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito –reparación en sentido lato– y cualesquiera otras expresiones encaminadas a obtener la satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia, todo lo cual está cobijado por la responsabilidad civil, como ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional (...) ¹³².

Concluyendo acerca de la naturaleza del incidente y su aspecto práctico, debe decirse que es el instituto que establece el espacio procesal para que la víctima viabilice sus pretensiones indemnizatorias si las tuviere.

4. Procedencia

4.1. Con la norma original

Del articulado original que comprendía el trámite (artículos 102 al 108) se colegía que constituía requisito *sine qua non* para promover su inicio que hubiera un sentido del fallo y, que este anuncio fuera de responsabilidad.

¹³² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez Proceso No. 34145 del 13 de abril de 2011.

Exigencia que difería de las codificaciones anteriores en cuanto exigían y continua exigiendo (Ley 600) la demostración de la responsabilidad del actor, porque en caso contrario, cuando se producía sentencia penal absolutoria (artículo 57), la acción civil no podía iniciarse ni proseguirse.

En esa norma original no bastaba con el anuncio del fallo de responsabilidad del acusado sino que además era menester que precediera solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella.

Efectuada la solicitud, el juez fallador abría inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, y convocaba a audiencia pública dentro de los ocho (8) días siguientes.

Remplaza este incidente la demanda de parte civil en el sentido de promover la reparación del daño en el marco del proceso penal por la parte legitimada para este fin, la víctima.

4.2. Con la reforma del artículo 86 de la Ley 1395 de 2010

Artículo 86. El artículo 102 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Artículo 102. Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral. **En firme la sentencia condenatoria** y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante¹³³. (Negrillas no son del texto).

Esa modificación legal, torna racional el ejercicio del Incidente puesto que se tornaba en ilógico iniciar y agotar un trámite que quedaba sin valor ni efecto cuando en II Instancia o en sede de Casación se revocaba el fallo, incurriendo todo el aparato judicial y las partes e intervinientes en gastos innecesarios de recursos, además de generar falsas expectativas.

Esta norma se encuentra vigente y fue declarada exequible mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-250 de 2011.

¹³³ Ley 1395 de 2010, Artículo 86.

4.3. Caducidad

La norma original, artículo 106 del C.P.P. impuso como consecuencia por la inoportuna solicitud para la reparación integral la caducidad, esto es *dentro de los 30 días siguientes de haberse anunciado el fallo*, sanción impuesta a la víctima.

La norma reformada por el artículo 89 de la Ley 1395 para concordar con el mismo criterio de racionalidad para la procedencia del trámite, determina que la caducidad se presenta por no ejercer el derecho *dentro de los treinta días de haber quedado en firme el fallo condenatorio*.

Norma vigente y declarada exequible mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-250 de 2011.

Sin lugar a dudas, tal sanción se impone teniendo en cuenta que una de las finalidades del nuevo sistema es la de la agilización de los procesos, en otras palabras el de materializar el mandamiento consagrado en el artículo 229 superior y legalmente en el 15 de celeridad y eficiencia.

Materializa la sanción legal igualmente el principio rector contenido en el artículo 10 del estatuto procesal que reza en lo pertinente: “Para alcanzar esos efectos serán de obligatorio cumplimiento los procedimientos orales, la utilización de los medios técnicos pertinentes que los viabilicen y los términos fijados por la ley o el funcionamiento para cada actuación”¹³⁴.

4.4. Trámite

La norma original establecía: Artículo 103. Trámite del incidente de reparación integral. Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer.

El juez examinará la pretensión y deberá rechazarla si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y este fuere la única pretensión formulada. La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de recurso de impugnación en los términos de este código.

Admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del declarado penalmente responsable y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una

¹³⁴ Ley 906 de 2004, art. 10, inciso 2°.

conciliación que de prosperar dará término al incidente y lo allí acordado se incorporará a la sentencia. En caso contrario el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse el declarado penalmente responsable deberá ofrecer sus propios medios de prueba.

El Artículo 87 de la Ley 1395 de 2010 la reformó, el artículo 103 de la Ley 906 de 2004 es del siguiente tenor:

Trámite del incidente de reparación integral. Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer.

El juez examinará la pretensión y deberá rechazarla si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y ésta fuera la única pretensión formulada. La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de los recursos ordinarios en los términos de este código.

Admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del condenado y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente. En caso contrario el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse, el sentenciado deberá ofrecer sus propios medios de prueba.

Se desarrolla generalmente en dos Sesiones:

a) La primera diligencia tiene como objetivo principal que la víctima formule oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer.

Referente a las pruebas que pretenda hacer valer, la víctima debe allegar medios de conocimiento al juez que permitan establecer la magnitud del daño causado con el punible.

Después de declarar procedente esa solicitud, invitará el fallador a ofensor y ofendido a que mediante el ejercicio de uno de los mecanismos previstos para la justicia restaurativa, la conciliación procesal, compongan el conflicto surgido con el delito.

Si esta prospera, se dará término al incidente y lo allí acordado se incorporará a la sentencia.

b) Cuando no prospera, el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse el declarado penalmente responsable deberá ofrecer sus propios medios de prueba.

Entendiéndose que el responsable del delito en esta audiencia tiene la oportunidad de controvertir la evaluación de los perjuicios causados con el ilícito.

De la misma manera que en la anterior audiencia el juez debe insistir en que se concilie.

4.5. Tercero civilmente responsable y asegurador

4.5.1. Normas y examen de constitucionalidad

Artículo 107. Tercero civilmente responsable. Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado.

El tercero civilmente responsable podrá ser citado o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima del condenado o su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente.

Norma vigente condicionada por sentencia del tribunal constitucional (C-425 de 2006) que la declaro exequible “en el entendido que el tercero civilmente responsable se encuentra facultado para ejercer plenamente su derecho de defensa en relación con el decreto y práctica de medidas cautelares en su contra”¹³⁵.

En relación con el *artículo 108. Citación del asegurador. Exclusivamente* para efectos de la conciliación de que trata el artículo 103, la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable podrán pedir la citación del asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro válidamente celebrado, *quien tendrá la facultad de participar en dicha conciliación.*

El texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-408 de 2009 que dispuso en su parte resolutive: “Declarar INEXEQUIBLES las expresiones “*Exclusivamente*” y

¹³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-425 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

“quien tendrá la facultad de participar en dicha conciliación” contenidas en el artículo 108 de la Ley 906 de 2004¹³⁶.

4.5.2. *Significación jurídica de las figuras en estudio*

a) tercero civilmente responsable

En primer término, se entiende por tercero civilmente responsable la persona que sin haber realizado ni participado en la comisión del delito, debe ser llamado a responder por el daño causado por el responsable.

Es una manifestación de la ley civil, efectivamente, el Código Civil en su artículo 2347 expresa: *Responsabilidad por el hecho propio y de las personas a cargo*. Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.

Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

De la misma forma, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.

El tema del tercero civilmente responsable se estudió en sede de constitucionalidad, en sentencia C-425 referida, fallo en el que se expresó:

Un efecto jurídico lógico a su incumplimiento injustificado de asistir a la audiencia de pruebas y alegaciones que tiene lugar en el curso del incidente de reparación integral de perjuicios, consecuencia consistente en que, una vez recibida la prueba ofrecida por los presentes, “con base en ella, se resolverá”. Adviértase entonces que no se presenta vulneración alguna del derecho de defensa del tercero civilmente responsable, como quiera que el mismo debe ser debidamente citado para que compareciera a la mencionada audiencia, y por ende, su inasistencia injustificada equivale a una renuncia válida a ejercer su derecho de defensa, se insiste, en relación con aspectos meramente económicos. De allí que, aceptar los argumentos del demandante conduciría a que, en la práctica, la no presencia consciente del tercero civilmente responsable le impediría al juez de conocimiento pronunciarse de fondo en relación con la reparación de las víctimas¹³⁷.

¹³⁶ Id., C-408 del 17 de junio de 2009, Sala Plena.

¹³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, sentencia C-425 de 2006 de mayo 31 de 2006.

La Corte precisó igualmente que la garantía del ejercicio del derecho de defensa del tercero civilmente responsable durante el incidente de reparación integral, presupone que éste sea efectivamente citado de conformidad con las formalidades establecidas en el C.P.P., es decir, se trata de un requisito *sine qua non* para el establecimiento de su eventual responsabilidad patrimonial.

b) Citación del asegurador

No nos vamos a detener a explicar en extenso acerca de la naturaleza jurídica de esta institución que tiene cada día una mayor comprensión en la cultura colectiva preocupada en la protección de sus bienes como de su propia integridad contra riesgos y siniestros, que ha ganado terreno desde el saber individual de la protección por medio del contrato de seguros.

Empero, resulta interesante y oportuno conocer cuál es el origen de esa institución procesal, para tal objetivo recurriremos al siguiente texto:

El antecedente se encuentra en el artículo 1917 del Código Civil italiano que consagró la denominada, justamente, “llamada en garantía”, una institución que ya regía en el derecho procesal Italiano que era fruto de la introducción de Piero CALAMANDREI. Esta es una institución de carácter procesal, no es de carácter sustancial, y originó lo que en Argentina se conoce como obligaciones concurrentes del asegurador y del responsable frente a la víctima. Se originan dos créditos. Uno con fuente en el hecho ilícito o en la responsabilidad contractual de que se trate y otro con una fuente normativa en el artículo 118 de la Ley de Seguros que merced a la existencia del contrato de seguro permite que la sentencia que se dicte en el proceso de daños promovido por el damnificado sea ejecutable contra el asegurador en la medida del seguro¹³⁸.

5. Decisión de reparación integral y sus efectos jurídicos

La norma original preveía en el artículo 105. *Decisión de reparación integral*. En la misma audiencia el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, la cual se incorporará a la sentencia de responsabilidad penal.

¹³⁸ COMPIANI, María Fabiana. *Citación en garantía*, www.cpacf.org.ar/doctrinasinstitutos, consultado 21 enero 2011.

El artículo 88 de la Ley 1395 la modifíco así:

Artículo 105 en vigencia: Decisión de reparación integral. En la misma audiencia el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, mediante sentencia.

Establecida la magnitud del daño irrogado a la víctima y la naturaleza de la conducta punible, se deben cuantificar los daños materiales, como los inmateriales adoptando el juez decisión que ponga fin al incidente, Si la aspiración no es de índole pecuniaria, el juez debe considerar entonces, los derechos de la víctima a la verdad y a la justicia y las demás formas de restauración de derechos, como la reparación simbólica tan en boga por ejemplo, o el trabajo comunitario que contempla la recién sancionada ley de las pequeñas causas.

Para concluir, el derecho penal de las víctimas materializado a través del proceso que ofrece un modelo acusatorio debe garantizar la reparación integral, “(...) la reparación integral de que trata el artículo 102 del Código de Procedimiento Penal, en donde no es una reparación cualquiera, sino como dice la norma “integral”, es decir, que sea restablecido en su derecho y en su indemnización tanto en el aspecto material como moral, de modo que no es cualquier reparación (...)”¹³⁹.

C. *Tercer bloque: justicia restauradora*

1. Encuadramiento histórico.

Paradójicamente la recién implementada nueva cultura para la solución de conflictos en lo penal en nuestro medio ha tenido vigencia en el contexto universal desde tiempos inmemoriales, la conciliación aparece en la China antigua con Confucio (551-479 a.c.), pensador que la propuso como medio apto para dirimir la mayoría de conflictos proyectado sobre la persuasión moral que llevaba a la autocomposición antes que la coerción, de otra parte, los textos especializados reseñan que la incorporación de esta forma alternativa de justicia no ha sido para nada pacífica en sistemas legales donde impera el principio de legalidad.

Confucio hablaba de la existencia de una armonía natural en las relaciones humanas que, no debía interrumpirse. La auto-ayuda unilateral y la intervención de un adversario ponen fin a una

¹³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, aclaración de voto del magistrado Espinosa Pérez, Sigifredo, sentencia, radicado 24.817 del 22 de junio de 2006.

relación armoniosa y por lo tanto serían la antítesis de la paz y la comprensión, que constituyen la esencia del pensamiento¹⁴⁰.

En ese mismo recorrido, en época más reciente, en una carta encontrada en 1745, escrita por el filósofo francés François Marie AROUET VOLTAIRE (1694-1778), éste exclamó respecto a la conciliación:

*La mejor ley, el más excelente uso, el más útil que haya visto jamás está en Holanda. **Cuando dos hombres quieren pleitear el uno contra el otro, son obligados a ir ante el tribunal de los jueces conciliadores, llamados hacedores de paz.** Si las partes llegan con un abogado y un procurador, se hace pronto retirar a estos últimos como se aparta la leña de un fuego que se quiere extinguir. Los conciliadores dicen a las partes: “sois unos locos en gastar vuestro dinero en haceros mutuamente desgraciados: vamos a conciliaros sin que os cueste nada (...)”*

Con todo, sólo apenas en época reciente la conciliación encuentra su carta de naturaleza, su codificación solo se presenta después de la Revolución Francesa en 1790 siendo incorporada gradualmente en todas las legislaciones.

Pueden considerarse las prácticas implementadas por las culturas nativas de Nueva Zelanda y Norteamérica con resultados exitosos con grupos poblacionales como modelo alternativo de justicia desde hace aproximadamente 200 años.

Acerca de la naturaleza del proceso restaurativo, podemos decir que se desarrolla por medio del intercambio de opiniones acerca del delito entre ofendido, agresor, e incluso puede incluir la colectividad afectada para el logro de un acuerdo. También, que tiene como finalidad la reparación del daño.

La justicia restaurativa se codifica por primera vez en el derecho procesal penal de nuestro país en la Ley 906 de 2004, aunque es necesario precisar, la conciliación había sido incorporada en materia procesal penal en la Ley 81 de 1993 modificatoria del Decreto 2700 de 1991 estatuto procesal de la época, momento en que se hizo patente en el medio penal colombiano la posibilidad de que las partes tuvieran disponibilidad de la acción penal.

¹⁴⁰ FOLBERG Jay y TAYLOR Alison. *Mediación, Resolución de conflictos sin litigio*, 1ª reimpresión, Grupo Noriega Editores, 1996, p. 21.

El proceso penal desde ese momento es tributario de los procesos restaurativos que tienen finalidad distinta a la imposición de una pena (efecto jurídico de la justicia tradicional), el restablecimiento del derecho.

En el Capítulo I del Libro VI se legisló sobre Justicia Restaurativa como un camino alternativo al derecho penal, en el que dependiendo del caso concreto, se ha renunciado al ejercicio de la acción penal, permitiendo que prevalezca la voluntad de la víctima sobre el interés del mismo Estado, respetando el deseo de aquella de componer sus diferencias con el delincuente.

2. Historia de su implementación en el Derecho Internacional

2.1. La conciliación en materia penal ha sido recomendada desde 1985 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y el Abuso de Poder, al exhortar lo siguiente:

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

2. De manera complementaria y en la medida en que los diferentes mecanismos de Justicia Restaurativa se fueron implementando en la comunidad internacional, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas produjo los “Principios básicos del uso de prácticas de justicia restaurativa en programas concernientes a asuntos penales”, mediante Resolución 12 de 2002:

6. Los programas de justicia restitutiva se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional.

7. Los procesos restitutivos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente. La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Se llegará a los acuerdos de forma voluntaria y sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas.

8. La víctima y el delincuente normalmente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un proceso restitutivo. La participación del

delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos judiciales ulteriores.

9. Las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales entre las partes, se deben tener en cuenta al someter un caso a un proceso restitutivo y al llevar a cabo ese proceso.

10. La seguridad de las partes debe ser tenida en cuenta al someter un caso a un proceso restitutivo y al llevar a cabo ese proceso¹⁴¹.

3. Aspectos que impulsaron su implementación

Sostuvimos en su momento, que la implementación de la justicia restaurativa en nuestro medio obedeció entre otras cosas al carácter subsidiario, accesorio, complementario del Derecho Penal, en busca de que este se ocupe solamente de sancionar las conductas más graves que atenten contra los bienes jurídicos de los asociados.

En síntesis este debe ser el alcance de “ultima ratio” del Derecho Penal, cuando el ataque al bien jurídico no sea de tal entidad, o cuando el conflicto surgido puede encontrar solución a través de mecanismos menos drásticos como los ofrecidos por la justicia restaurativa (negociación, conciliación, mediación, amigable composición p.e.), en el mundo moderno a diferencia de lo que acontecía en épocas en las que mantuvo su imperio la justicia retributiva, deben aplicarse preferentemente los mecanismos alternativos¹⁴².

La *potentia puniendi*, encuentra un mecanismo reductor a la irracional protección de innumerables bienes jurídicos¹⁴³ a partir de la implementación de mecanismos propios de justicia compositiva.

¹⁴¹ Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y el Abuso de Poder.

¹⁴² Para mayor información sobre el tema, remitirse al *El Proceso Penal Acusatorio Colombiano*, Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2006; Capítulo XI “*Mecanismos de justicia restaurativa como técnicas de negociación*” UMBARILA RODRÍGUEZ, José Ignacio, pp. 293 a 321.

¹⁴³ A éste respecto resulta paradójico el contenido de la reforma del estatuto penal y procesal, Ley 1142 del 28 de junio de 2007, mejor conocida como “Ley de las pequeñas causas”, que va en contravía de la búsqueda de despenalizar conductas que no generan gran impacto social, que no causan mayor lesividad, postura que sigue marcando la ruta emprendida por los últimos gobiernos en busca de un derecho penal expansivo.

El legislador consagró en 10 artículos todo lo concerniente sobre la materia, dejando en manos de la Fiscalía todo lo relacionado a las directrices de los programas de justicia restaurativa (art. 527), antípoda a la naturaleza misma de la justicia restaurativa que fuera oportunamente advertida¹⁴⁴, previendo que limitaría el alcance de dichos dispositivos como ha ocurrido en la práctica forense después de más de siete años de entrada en vigencia del sistema.

4. Finalidad y objeto del proceso restaurativo

La Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre los Principios Básicos de utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal, recomendó entre otras medidas:

Recalcando que la justicia restaurativa es una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades,

Destacando que este enfoque permite a los afectados por el delito compartir francamente sus sentimientos y experiencias y tiene por objeto atender a sus necesidades,

Consciente de que este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa, permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad, y posibilita a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia,

Observando que la justicia restaurativa da origen a una serie de medidas que son flexibles en su adaptación a los sistemas de justicia penal vigentes y complementan esos sistemas, teniendo en cuenta las circunstancias jurídicas, sociales y culturales,

Reconociendo que el uso de la justicia restaurativa no menoscaba el derecho de los Estados de perseguir a los presuntos delincuentes,

Recomienda que se establezcan los Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, anejos a la presente resolución, para orientar la elaboración y el

¹⁴⁴ *Ídem*, p. 314.

funcionamiento de los programas de justicia restaurativa de los Estados Miembros¹⁴⁵.

5. Definición

Hallamos como signo distintivo del desarrollo y racionalización de la justicia en los diferentes grupos y sociedades la realización de medios alternativos en la resolución de conflictos en cuanto mecanismos distintos a los empleados por la justicia tradicional, resultado de un largo proceso de decantación y comprobación de su efectividad.

Impulsado por la transición de un sistema procesal mixto a uno con principio acusatorio, de ahí que los procesos restaurativos deben ir relegando al sistema penal tradicional como fórmula de control social formal, minimizándolo para facilitar a las partes su participación en las decisiones que los afecten de manera directa.

1.2. La aludida Resolución articulando todos los elementos propios de estos procesos alternativos encaminados a la resolución de conflictos, definió:

a. Por “programa de justicia restaurativa” se entiende todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos.

b. Por “proceso restaurativo” se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias.

c. Por “resultado restaurativo” se entiende un acuerdo alcanzado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente.

¹⁴⁵ Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre los Principios Básicos de utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal.

d. Por “partes” se entiende la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito que participen en un proceso restaurativo.

e. Por “facilitador” se entiende una persona cuya función es facilitar, de manera justa e imparcial, la participación de las partes en un proceso restaurativo¹⁴⁶.

6. Mecanismos

6.1. La Ley 906 implementó las siguientes instituciones jurídicas

Son mecanismos de justicia restaurativa la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación, estos acuerdos reparatorios se presentan como grandes alternativas para alcanzar el restablecimiento del derecho de las víctimas al mismo tiempo que permite mirar hacia adelante en cuanto la situación del ofensor en cuanto posibilidades de reinserción en la sociedad, no como lo hace la justicia tradicional que apunta de forma retributiva hacía el pasado enterrando todo el porvenir del agresor y los derechos de la víctima.

6.1.1. *Conciliación*

“Acción y efecto de conciliar; de componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí. // Dentro del ámbito del Derecho Procesal, la audiencia previa a todo juicio civil, laboral o de injurias, en que la autoridad judicial trata de avenir a las partes para evitar el proceso.

No siempre se requiere que el intento conciliatorio sea previo; pues algunas legislaciones admiten, especialmente en materia laboral, que el juez puede intentar en cualquier momento la conciliación de los litigantes.

En la doctrina se han discutido ampliamente las ventajas y los inconvenientes de que actúe de conciliador el juez que entiende en el asunto, pues no falta quienes creen que su intervención conciliatoria prejuzga el asunto o coacciona a las partes.

(...)

¹⁴⁶ Ibídem.

En materia penal, algunas legislaciones exigen la celebración de un acto conciliatorio previo para dar curso a las querellas de calumnia o injuria”¹⁴⁷.

a) Conciliación preprocesal

La conciliación como requisito de procedibilidad fue implementada en un primer momento en nuestro ordenamiento jurídico a partir del Código de Procedimiento Civil, artículo 101, modificado por el Decreto Especial 2282/89, art. 1o. num. 51, que estableció la procedencia, contenido y trámite.

Reforma procesal civil cuya finalidad inicial apuntaba a la descongestión de los despachos judiciales, ordenando al funcionario judicial al momento de resolver sobre la admisibilidad de la demanda la verificación del cumplimiento de esa formalidad, en cuyo defecto deberá rechazar de plano el libelo. De esta manera, el legislador buscó encauzar el acceso a la administración de justicia, previendo que, en materias civiles, las personas deben intentar previamente el mecanismo de la conciliación (autocomposición), antes de habilitar la solución procesal ante los jueces (heterocomposición).

La conciliación preprocesal en el sistema penal, tiene como objetivo no solo ser una prerrogativa sino también la de obrar como filtro para evitar el desgaste innecesario de recursos del Estado que por ser limitados necesitan ser racionalizados, téngase en cuenta al respecto, cuanto significa económicamente la celebración de cada audiencia.

Es a través de la implementación de la conciliación en el proceso penal, mecanismo más requerido de justicia restaurativa, que se ha emprendido la ruta para el empleo de “(...) sistemas más económicos, rápidos y eficaces de resolución de conflictos (...)”¹⁴⁸.

En materia penal concretamente, esta modalidad de conciliación se consagró en el artículo 522. LA CONCILIACIÓN EN LOS DELITOS QUERELLABLES.

La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal.

¹⁴⁷ OSSORIO, *Diccionario de Ciencias Jurídica Políticas y Sociales*, op. cit.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 321.

En el primer evento, el fiscal citará a querellante y querellado a diligencia de conciliación. Si hubiere acuerdo procederá a archivar las diligencias. En caso contrario, ejercitará la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

Si la audiencia de conciliación se realizare ante un centro o conciliador reconocidos como tales, el conciliador enviará copia del acta que así lo constate al fiscal, quien procederá al archivo de las diligencias si fue exitosa o, en caso contrario, iniciará la acción penal correspondiente, si fuere procedente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

La inasistencia injustificada del querellante se entenderá como desistimiento de su pretensión. La del querellado motivará el ejercicio de la acción penal, si fuere procedente.

En cualquier caso, si alguno de los citados fuere incapaz, concurrirá su representante legal.

La conciliación se ceñirá, en lo pertinente, a lo establecido en la Ley 640 de 2001.

En lo procesal penal, su exequibilidad fue declarada mediante Sentencia C-591-05 de 9 de junio de 2005 con ponencia de la Dra. Clara Inés Vargas Hernández. La Corte señaló que en nada se opone al nuevo esquema procesal penal que un fiscal, en el caso de los delitos querellables, y por ende, que admiten desistimiento, pueda adelantar una conciliación y si hubiere acuerdo entre el querellante y el querellado, proceder a archivar las diligencias; y en caso contrario, ejercer la correspondiente acción penal.

b) Conciliación procesal

Mecanismo alternativo previsto dentro del proceso penal, que se ejecuta en desarrollo del trámite del incidente de reparación integral, en sus dos oportunidades reglado en los artículos 103 y 104.

c) Características de la Conciliación

- Es un acto jurídico a través del cual las partes recurren a un tercero para que les ayude a resolver un conflicto.
- Requiere la existencia de un tercero, este no decide, se limita a señalar el camino posible de solución de conflictos, pues las partes se avendrán o no a las soluciones que ellos mismos estimen convenientes.

- Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, ya que las partes pueden optar por la conciliación, por el arbitraje o por ir al *Poder Judicial*.
- La oralidad e intermediación están siempre presentes, pues el conciliador estará al lado de las partes que han solicitado su actuación, las que se realizarán sin intermediarios. Es inimaginable un proceso conciliador con escritos que van y vienen, pues la casi totalidad de negociaciones se efectivizan mejor sin la presencia de documento alguno o de formalidad específica.
- Ese tercero no propone, no decide, ni siquiera interpreta la norma en conflicto, menos hace esfuerzo alguno para su aplicación. Se limita simplemente a señalar el camino posible de solución de conflictos, pues en última instancia las partes se avendrán o no a las soluciones que ellos mismos estimen convenientes.
- Pretende evitar un procedimiento heterónomo o la simple prosecución del proceso ya iniciado.
- Trata de fomentar un acercamiento entre las partes con miras a demostrar que este es preferible a su total inexistencia, propiciando que el *diálogo* posibilite la solución del conflicto.
- Carece de toda formalidad, es un acto informal por excelencia, por eso es que se ha convertido en una herramienta flexible por la amplia *libertad* conservada al conciliador; empero nada quita al conciliador que tenga su propia *metodología* para lograr el *éxito* que se ha propuesto al iniciar su labor conciliadora¹⁴⁹.

6.1.2. La mediación

Se define jurídicamente como la participación secundaria en un negocio ajeno, a fin de prestar algún servicio a las partes o interesados.// Apaciguamiento real o intentado, en controversia, conflicto o lucha¹⁵⁰.

Para Pinkas FLINT, la mediación constituye una variante del proceso de negociación. Si bien aplica a esta las mismas reglas generales, difiere de la negociación en que entra en escena un tercero denominado mediador. El rol del mediador es el de un facilitador, quien recoge inquietudes, traduce estados de ánimo y ayuda a las partes a confrontar sus pedidos con la

¹⁴⁹ Licenciado ALARCON FLORES, Luis Alfredo. *Los medios alternativos de solución de conflictos MASC*, alarconflores7@hotmail.com; www.monografias.com

¹⁵⁰ OSSORIO, Manuel, *op. cit.*

realidad. En su rol, el mediador calma los estados de ánimo exaltados, rebaja los pedidos exagerados, explica posiciones y recibe confidencias¹⁵¹.

La acepción más elaborada y práctica sobre mediación que encontramos en la doctrina autorizada, es aquella que la define como:

[e]l proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyen en sus vidas. Por lo tanto, constituyen un proceso que confiere autoridad sobre sí misma a cada una de las partes¹⁵².

A su turno, la Ley 906 la describió como 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 enfrenta¹⁵³.

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.

De su tenor literal, podemos señalar que éste dispositivo, al menos como fuera formulado, permite al administrador de justicia su aplicación con mayor libertad, pues téngase en cuenta que en el caso de la conciliación por encontrarse absolutamente reglada, actualmente en la Ley 640 de 2001, no permite su flexibilización, en cambio la mediación puede ser aplicada a casos incluso de alguna gravedad, desafortunadamente en la práctica se ha constituido en letra muerta.

Mediación víctima-infractor:

Este proceso le ofrece voluntariamente a la víctima la posibilidad de reunirse cara a cara con el agresor. Para ello previamente se estructura el encuentro de manera de garantizar su seguridad. En este proceso son asistidos por un mediador especializado, quien dirige el encuentro con

¹⁵¹ Licenciado ALARCON FLORES, Luis Alfredo. *Los medios alternativos de solución de conflictos MASC*, alarconflores7@hotmail.com; www.monografias.com

¹⁵² FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *op. cit.*, p. 27.

¹⁵³ Art 523 de la Ley 906.

miras a lograr la comprensión por parte del agresor del impacto de su actuar sobre la víctima, asumiendo así esta responsabilidad, y en miras de ser posible que ambos conjuntamente puedan establecer un plan o acción para reparar el daño¹⁵⁴.

Aunque es según lo visto un mecanismo restaurativo recientemente incorporado al proceso penal colombiano, en cambio, es una práctica aceptada desde tiempo atrás en el derecho extranjero. En los Estados Unidos de Norteamérica por ejemplo, en algunos estados como Texas, tiene desarrollo en los eventos en que un penado a muerte en delitos de gran incidencia como el homicidio pueden ser entrevistados por los familiares e incluso amigos de la víctima con el fin de obtener información acerca de móviles del crimen o lugar en que fueron dejados los cadáveres, en estos casos, por supuesto, tal mediación no tiene efectos sobre la condena impuesta, pero sí en cuanto reparación a la víctima.

6.1.2.1. *Procedencia*. 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.

6.1.2.2. *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, procedan a designar el mediador.

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

6.1.2.3. *Efectos*. 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.

¹⁵⁴ CAMPOS HIDALGO Héctor. *Reflexiones en torno a la incorporación de estrategias de justicia restaurativa en nuestro país*, cejamerica.org/doc/documentos; Chile.

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.

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.

No cabe duda que la Corte Constitucional ha acogido los planteamientos de esta corriente, la sentencia C-979 de 2005 pertinente en cuanto se examinó la constitucionalidad o no de la llamada justicia restaurativa, precisó: “Así la justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, ...El centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido”¹⁵⁵. (Negrilla e itálica no son del texto).

6.1.2.4. Características:

- Al igual que en la conciliación, al mediador lo escogen o eligen las partes o un tercero, *misión* que deberá recaer en una *persona* que posea los dotes necesarios para hallar *soluciones* a un problema que las partes por iniciativa propia no están en capacidad de brindar.
- Constituye un sistema intermedio de solución de conflictos entre la conciliación y arbitraje, una puja adicional que permitirá a las partes inmersas hallar en familia, y de manera directa, la solución que no ha sido posible aun materializarse.
- Así mismo se caracteriza por tratar de alcanzar una aceptación de las partes por intermedio de la propuesta de un tercero, que solo tiene *fuerza* de recomendación. El mediador no impone nada. La presencia y labor del mediador no restringe ni limita la iniciativa de las partes para lograr por si misma la solución directa del conflicto.
- El tercero pese a no tener *autoridad* sobre la decisión en si, sin embargo ayuda a las partes en el proceso de adoptarla, actúa como catalizador entre ellas¹⁵⁶.

¹⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, C-979 de 2005, M.P. Córdoba Triviño Jaime.

¹⁵⁶ Licenciado ALARCON FLORES Luis Alfredo. *Los medios alternativos de solución de conflictos MASC*, alarconflores7@hotmail.com; www.monografias.com, consultado 22 octubre de 2008.

Merece comentario aparte la disposición consagrada en la Ley 1285 de 2009 que reformó la ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) en el apartado sobre Mecanismos Alternativos, en los siguientes términos:

Artículo 8°. *Mecanismos Alternativos*. La ley podrá establecer mecanismos alternativos al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir funciones jurisdiccionales a ciertas y determinadas autoridades administrativas para que conozcan de asuntos que por su naturaleza o cuantía puedan ser resueltos por aquellas de manera adecuada y eficaz. En tal caso la ley señalará las competencias, las garantías al debido proceso y las demás condiciones necesarias para proteger en forma apropiada los derechos de las partes. Contra las sentencias o decisiones definitivas que en asuntos judiciales adopten las autoridades administrativas excepcionalmente facultadas para ello, siempre procederán recursos ante los órganos de la Rama Jurisdiccional del Estado, en los términos y con las condiciones que determine la ley.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad.

El Consejo Superior de la Judicatura, en coordinación con el Ministerio del Interior y Justicia, realizará el seguimiento y evaluación de las medidas que se adopten en desarrollo de lo dispuesto por este artículo y cada dos años rendirán informe al Congreso de la República¹⁵⁷.

Para resumir diremos que a pesar de su importancia en la solución de conflictos, la mediación procesal penal en nuestro medio cuenta a la fecha un desarrollo muy precario en la práctica.

6.2. Otros mecanismos reconocidos en la resolución de conflictos:

Son conocidos y aplicados tanto a nivel universal como a nivel regional otros mecanismos alternativos en la solución de conflictos: la negociación, el arbitraje, amigable composición, jueces de paz etc.,

¹⁵⁷ Ley 270 de 1996, Artículo 8°.

a modo de información pasaremos a hacer una breve alusión de esos dispositivos que si bien es cierto no encuentran aplicación en el actual proceso penal, perfectamente podrían ser implementados a futuro.

a) *Negociación*: Según el diccionario de la lengua española, la palabra negociación proviene del latín *negotiatio* que significa acción y efecto de negociar.

Este mecanismo es un proceso voluntario, usualmente informal, no estructurado, al que las partes recurren para lograr un acuerdo mutuamente aceptable, sin la intervención de un tercero neutral. Se hace directamente entre las partes, generalmente la negociación guarda relación con un proceso de concesiones y compromisos mutuos donde las partes han vencido discusiones, regateos y presiones hasta alcanzar la solución de sus divergencias.

Dentro de las estrategias de la negociación encontramos dos escuelas importantes que sobresalen: la competitiva y la cooperativa. La primera trata de obtener todo, incluso destruyendo a la contraparte en el mismo camino negociador. La segunda tiende a que las partes inmersas ganen proporcionalmente o en igualdad de condiciones.

La negociación o trato directo es una herramienta básica para la mediación de conflictos. En el país siempre ha estado presente dicha figura en forma de la transacción, la idea es que la negociación sirva como herramienta para que el acuerdo se transforme en algo útil y funcional para las dos partes, tal como lo ha considerado la Cámara de Comercio del país.

Tener necesidades y querer satisfacerlas constituyen el común denominador de las negociaciones; cada negociación es diferente, pero la mayoría de autores hablan de cuatro elementos presentes en la negociación: Las personas, los intereses, las alternativas, los criterios¹⁵⁸.

b) Amigable composición

La Ley 446 de 1998, artículo 130, reitera que la amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular.

¹⁵⁸ www.serpajorg.ec/es/node/274. (Servicio Justicia y Paz Ecuador).

Efectos

La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales relativos a la transacción.

Designación. Las partes podrán nombrar al amigable componedor directamente o delegar en un tercero la designación. El tercero delegado por las partes para nombrar al amigable componedor puede ser una persona natural o jurídica.

c) Jueces de Paz

Son instituidos apenas en la ley 497 de 1999 como instrumento para buscar la solución integral y pacífica de los conflictos comunitarios o particulares. Las decisiones que profieran los jueces de paz deberán ser en equidad, conforme a los criterios de justicia propios de la comunidad.

Características

- Está orientada a servir de medio para la solución general y pacífica de conflictos comunitarios o particulares.
- Los conflictuados los someten voluntariamente
- Se deciden en equidad.
- Todas las actuaciones que se realicen ante la jurisdicción de paz serán verbales, salvo las excepciones señaladas en la presente ley.
- Esta justicia es independiente y autónoma con el con el único límite de la Constitución Nacional
- Es gratuita.

Se traen a colación estos otros mecanismos por su vigencia en otras latitudes donde se aplican con éxito en el marco del derecho procesal penal, en Venezuela se acude a la negociación por vía de ejemplo, por último con sólo interés de mostrar la actualidad de los mecanismos de Justicia Restaurativa en el derecho comparado, se hace esta breve mención.

7. Tecnología y mecanismos de justicia restaurativa:

Los mecanismos estudiados “la nueva cultura procesal” son conocidos en nuestro ámbito regional como MARC a la vez que en Europa reciben el nombre *alternative dispute resolution* ADR.

1. Los ODR –*on line dispute resolution*–

Recientemente surgido como otra forma en la solución de conflictos jalonada por la actual tecnología, sistema que traduce solución de conflictos o diferencias en línea por medio de las vías que brinda la Internet.

2. Mini trial

Proveniente del sistema inglés que consiste en un juicio privado (mini trial) donde las partes aceptan la resolución que se adopta normalmente por un juez jubilado previamente seleccionado por las partes.

Aportamos la definición a nuestro juicio omnicomprendiva de este novedoso sistema “método privado e informal para la resolución de disputas en el que los abogados presentan sus alegatos y luego las partes tratan de llegar a un acuerdo”¹⁵⁹.

Una vez cubiertos los mecanismos procesales penales de auto-composición, previstos en el nuevo ordenamiento para restablecer los derechos de las víctimas, continuaremos con otras alternativas de acceso a la administración de justicia.

3.2. LEY 599 DEL 24 DE JUNIO DE 2000

- El capítulo sexto consagra lo pertinente ***De la responsabilidad civil derivada de la conducta punible***, básicamente establece en el art 94 la obligación que surge de la conducta punible de reparar los daños materiales y morales, redacción inexacta por cuanto, no es el delito el hecho generador de la obligación de resarcir, es el perjuicio irrogado.
- El artículo 95 prevé como *Titulares de la acción civil*. Las personas naturales, o sus sucesores, las jurídicas perjudicadas directamente por la conducta punible tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente...¹⁶⁰.
- El actor popular tendrá la titularidad de la acción civil cuando se trate de lesión directa de bienes jurídicos colectivos, desarrollo legal del canon 88 constitucional *in fine*, circunstancia que inclinaba a interminables demandas administrativas con el fin

¹⁵⁹ *English and Spanish Legal Dictionary*, presentación en línea, consultado enero 10 de 2011.

¹⁶⁰ Ley 599, art. 95.

de obtener el incentivo pecuniario particular, desprovistas al interés superior de preservar bienes jurídicos colectivos o del medio ambiente.

- En cuanto a *los obligados a indemnizar*, se tiene en primer lugar a los declarados penalmente responsables (fórmula ley 1453 de 2011), en forma solidaria, en segundo lugar, a los que conforme a la ley sustancial, están obligados a responder (art. 96).
- Esta norma presenta un grave inconveniente para la materialización de la reparación cuando el infractor es un menor o un adolescente, en primer lugar porque la inmensa mayoría de estos transgresores proviene de estratos muy bajos, su familia reside en zonas deprimidas, es decir, la indemnización se convierte en una quimera; en segundo lugar, porque no se ha implementado un tratamiento que permita su resocialización conllevando que continúen delinquir y por último el sistema de responsabilidad penal para adolescentes para delitos cometidos por personas que tengan entre 14 y 18 años contempla penas ínfimas, normativa que exige pronta reformulación.
- *Artículo 97.*

Indemnización por daños. En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales.

Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

Los daños materiales deben probarse en el proceso.

3.3. CÓDIGO CIVIL

Como quiera que la víctima o perjudicados con la conducta punible tienen la opción de elegir la reparación en el proceso penal o incoarlo en el proceso civil, se tratará a continuación lo pertinente.

3.3.1 La fuente central para iniciar el tema bajo estudio es sin duda como se viene indicando, el artículo 2341 del código civil, disposición que permanece vigente desde la promulgación de la Ley 57 de 1887 que ha orientado tanto en materia penal como en el campo administrativo a nuestro legislador que ha encontrado en su contenido el fundamento de la

responsabilidad proveniente del daño irrogado por el delito, por supuesto, observando que ambas responsabilidades descansan en fundamentos sustancialmente distintos.

Esta disposición legal, ha facultado a la víctima como al perjudicado para acceder a otro mecanismo judicial en procura de la indemnización ante la jurisdicción civil ordinaria: la vía ordinaria de responsabilidad civil extracontractual, mecanismo jurídico para obtener la indemnización de perjuicios, enfatizando eso sí, como es conocido por cualquier operador judicial lo oneroso y prolongado en el tiempo que puede resultar su ejercicio. Dificultad que conlleva para el accionante que la mayoría de las veces cuando consigue una decisión favorable por esa vía judicial, después de desgastarse en términos de dinero y tiempo, el obligado se ha insolventado. En otras ocasiones, es el mismo demandante ante lo infranqueable que se torna esa jurisdicción, el que finalmente desiste.

El artículo 2341 del Código Civil, establece el fundamento de la acción de responsabilidad civil extracontractual, o responsabilidad aquiliana, que en su tenor señala:

“El que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la Ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

3.3.2. Elementos de la responsabilidad extracontractual

a) “El elemento común de toda clase de responsabilidad es el daño o perjuicio. En general, existe perjuicio cuando se destruye o menoscaba alguno de los derechos subjetivos de las personas”¹⁶¹.

b) Supone igualmente una relación entre dos sujetos, de los cuales uno ha inferido un daño y otro lo ha sufrido, de ahí nace como consecuencia jurídica la obligación para el autor del daño de reparar el perjuicio ocasionado.

c) Se requiere como es de amplio conocimiento, los tres rubros que la doctrina ha sistematizado como culpa, daño y la relación de causalidad entre aquella y éste.

3.3.3. Se encuentran en el estatuto bajo estudio otras normas que aunque referidas a la responsabilidad civil contractual, son aplicadas por analogía al campo de la responsabilidad civil extracontractual. Específicamente los artículos 1613 y 1614, referidos a los perjuicios materiales y morales que se pueden ocasionar con un daño.

¹⁶¹ VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*, T. III, Bogotá: Edit. Temis, 1986, p. 195.

3.3.4. Por otra parte, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 396 y siguientes establece, los trámites propios de un proceso ordinario civil encaminados a la obtención de la indemnización por los perjuicios causados en virtud de la vulneración de sus derechos, léase, bienes jurídicos.

El artículo antes citado, señala:

“Se ventilará y decidirá en proceso ordinario todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial”.

Se concluye entonces, que la vía ordinaria de responsabilidad civil extracontractual, es un medio para obtener la indemnización de perjuicios, pero en la práctica tal como se encuentra regulado el tema en nuestro ordenamiento la mayoría de las veces se constituye en otra forma de victimización, por lo intrincado y prolongado del procedimiento civil en materia de procesos ordinarios.

Para precisar y contemporizar sobre el procedimiento a seguir, debe tenerse en cuenta que el Código General del Proceso entrará a regir por etapas desde el 12 de julio de 2012, siendo esa normativa a la que deba acudirse para accionar teniendo en cuenta que:

Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad¹⁶².

¹⁶² Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, art. 624 que modificó el art. 40 153 de 1887.

3.4. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Al mismo tiempo que surge para la víctima la posibilidad de acudir ante la jurisdicción civil cuando se profiere sentencia absolutoria en lo penal, de forma aleatoria el sistema judicial le ofrece la oportunidad de accionar ante la justicia contenciosa administrativa. Tal como lo ha recordado la Sección tercera en reiterados pronunciamientos:

Además no hay que olvidar que la jurisprudencia de esta Sala ha venido sosteniendo que las decisiones de los juicios criminales dan plena certeza en los administrativos de la ocurrencia del hecho, pero no de las circunstancias que rodearon su acaecimiento, las que pueden subsumirse en una normatividad diferente para lograr un fin también diferente¹⁶³.

Esta alternativa judicial merece ser revisada teniendo en cuenta que se han fallado y actualmente ventilan demandas millonarias por conductas delictivas o actos de violencia que tienen como víctimas preferenciales a personalidades del cotarro político, por cuanto esto daría pie en virtud de criterios de igualdad a que todas las personas afectadas en sus bienes jurídicos pudieran accionar contra la Nación.

3.5 Ley 1448 del 10 de junio de 2011 “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”.

Esta normatividad materializa el anhelo de las víctimas del conflicto armado en Colombia que vieron impávidas como desde el Congreso se les denegó sus derechos constitucionales en períodos legislativos anteriores.

Ley que supero por fin los intentos fallidos de los anteriores proyectos radicados por la bancada liberal, esta ley abarca a todos los trasgresores incluyendo los agentes estatales, con una limitación temporal, sólo cubre a las víctimas de hechos acaecidos desde el 1º de enero de 1985.

Componentes de la reparación son los consagrados en el artículo 25 con sus dispositivos de: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica.

¹⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, 15 de noviembre de 1990.

Además prevé en el párrafo de la norma, como complementarias a los componentes citados, medidas de asistencia para lograr una reparación integral¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Ley 1448 del 10 de junio de 2011.

Capítulo II

Medidas de Asistencia y Atención a las Víctimas

Artículo 49. Asistencia y atención. Se entiende por asistencia a las víctimas el conjunto integrado de medidas, programas y recursos de orden político, económico, social, fiscal, entre otros, a cargo del Estado, orientado a restablecer la vigencia efectiva de los derechos de las víctimas, brindarles condiciones para llevar una vida digna y garantizar su incorporación a la vida social, económica y política.

Por su parte, entiéndase por atención, la acción de dar información, orientación y acompañamiento jurídico y psicosocial a la víctima, con miras a facilitar el acceso y cualificar el ejercicio de los derechos a la verdad, justicia y reparación.

Artículo 50. Asistencia funeraria. En cumplimiento de su objeto y en desarrollo de sus facultades, las entidades territoriales, en concordancia con las disposiciones legales de los Artículos 268 y 269 del Decreto-ley 1333 de 1986, pagarán con cargo a sus presupuestos y sin intermediarios, a las víctimas a que se refiere la presente ley, los gastos funerarios de las mismas, siempre y cuando no cuenten con recursos para sufragarlos.

Parágrafo. Los costos funerarios y de traslado, en caso de que la víctima fallezca en un municipio distinto a su lugar habitual de residencia, serán sufragados por los municipios donde ocurrió el deceso y aquel en el que la víctima residía.

Artículo 51. Medidas en materia de educación. Las distintas autoridades educativas adoptarán, en el ejercicio de sus competencias respectivas, las medidas necesarias para asegurar el acceso y la exención de todo tipo de costos académicos en los establecimientos educativos oficiales en los niveles de preescolar, básica y media a las víctimas señaladas en la presente ley, siempre y cuando estas no cuenten con los recursos para su pago. De no ser posible el acceso al sector oficial, se podrá contratar el servicio educativo con instituciones privadas.

En educación superior, las instituciones técnicas profesionales, instituciones tecnológicas, instituciones universitarias o escuelas tecnológicas y universidades de naturaleza pública, en el marco de su autonomía, establecerán los procesos de selección admisión y matrícula que posibiliten que las víctimas en los términos de la presente ley, puedan acceder a sus programas académicos ofrecidos por estas instituciones, especialmente mujeres cabeza de familia y adolescentes y población en condición de discapacidad.

Por su parte, el Ministerio de Educación Nacional incluirá a las víctimas de que trata la presente ley, dentro de las estrategias de atención a la población diversa y adelantará las gestiones para que sean incluidas dentro de las líneas especiales de crédito y subsidios del ICETEX.

Dentro de los cupos habilitados y que se habilitaren para la formación que imparte el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, se priorizará, facilitará y garantizará el acceso a las víctimas de que trata la presente ley.

Artículo 52. Medidas en materia de salud. El Sistema General de Seguridad Social en Salud garantizará la cobertura de la asistencia en salud a las víctimas de la presente

ley, de acuerdo con las competencias y responsabilidades de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Toda persona que sea incluida en el Registro Único de Víctimas de que trata la presente Ley, accederá por ese hecho a la afiliación contemplada en el Artículo 32.2 de la Ley 1438 de 2011, y se considerará elegible para el subsidio en salud, salvo en los casos en que se demuestre capacidad de pago de la víctima.

Parágrafo 1°. Con el fin de garantizar la cobertura de la asistencia en salud a las víctimas de que trata la presente ley, priorizando y atendiendo a las necesidades particulares de esta población, se realizará la actualización del Plan Obligatorio de Salud, de acuerdo con las competencias y responsabilidades de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en los términos de la Ley 1438 de 2011.

Parágrafo 2°. Las víctimas que se encuentren registradas en el Sisbén 1 y 2 quedarán exentas de cualquier cobro de copago o cuota moderadora, en todo tipo de atención en salud que requieran. En caso de no hallarse afiliadas a ningún régimen, tendrán que ser afiliadas en forma inmediata al régimen subsidiado.

Artículo 53. Atención de emergencia en salud. Las instituciones hospitalarias, públicas o privadas, del territorio nacional, que prestan servicios de salud, tienen la obligación de prestar atención de emergencia de manera inmediata a las víctimas que la requieran, con independencia de la capacidad socioeconómica de los demandantes de estos servicios y sin exigir condición previa para su admisión.

Artículo 54. Servicios de asistencia en salud. Los servicios de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria consistirán en:

1. Hospitalización.
2. Material médico-quirúrgico, osteosíntesis, órtesis y prótesis, conforme con los criterios técnicos que fije el Ministerio de la Protección Social.
3. Medicamentos.
4. Honorarios Médicos.
5. Servicios de apoyo tales como bancos de sangre, laboratorios, imágenes diagnósticas.
6. Transporte.
7. Examen del VIH sida y de ETS, en los casos en que la persona haya sido víctima de acceso carnal violento.
8. Servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por la jurisprudencia de la CORTE CONSTITUCIONAL y/o la ley, con absoluto respeto de la voluntad de la víctima.

9. La atención para los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres víctimas.

Parágrafo. El reconocimiento y pago de los servicios de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria a que se refiere este capítulo, se hará por conducto del Ministerio de la Protección Social con cargo a los recursos del Fosyga, subcuenta de Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito, únicamente en los casos en que se deban prestar los servicios de asistencia para atender lesiones transitorias permanentes y las demás afectaciones de la salud que tengan relación causal directa con acciones violentas que produzcan un daño en los términos del Artículo 3° de la presente ley, salvo que estén cubiertos por planes voluntarios de salud.

Artículo 55. Remisiones. Los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que resultaren víctimas de acuerdo a la presente ley, serán atendidos por las instituciones prestadoras de salud y una vez se les preste la atención de urgencias

Constituye sin duda en materia de desagravio a las víctimas un gran avance:

Artículo 44. Gastos de la víctima en relación con los procesos judiciales. Las víctimas respecto de las cuales se compruebe de manera sumaria y expedita la falta de disponibilidad de recursos

y se logre su estabilización, si estas instituciones no contaren con disponibilidad o capacidad para continuar prestando el servicio, serán remitidos a las instituciones hospitalarias que definan las entidades de aseguramiento para que allí se continúe el tratamiento requerido. La admisión y atención de las víctimas en tales instituciones hospitalarias es de aceptación inmediata y obligatoria por parte de estas, en cualquier parte del territorio nacional, y estas instituciones deberán notificar inmediatamente al Fosyga sobre la admisión y atención prestada.

Parágrafo. Aquellas personas que se encuentren en la situación prevista en la presente norma y que no se encontraren afiliados al régimen contributivo de seguridad social en salud o a un régimen de excepción, accederán a los beneficios contemplados en el Artículo 158 de la Ley 100 de 1993 mientras no se afilien al régimen contributivo en virtud de relación de contrato de trabajo o deban estar afiliados a dicho régimen.

Artículo 56. Pólizas de salud. Los gastos que demande la atención de las víctimas amparadas con pólizas de compañías de seguros de salud o contratos con empresas de medicina prepagada, serán cubiertos por el Estado de conformidad con lo establecido en el presente Capítulo, cuando no estén cubiertos o estén cubiertos de manera insuficiente por el respectivo seguro o contrato.

Artículo 57. Evaluación y control. El Ministerio de la Protección Social o la Superintendencia Nacional de Salud, según el caso, ejercerá la evaluación y control sobre los aspectos relativos a:

1. Número de pacientes atendidos.
2. Acciones médico-quirúrgicas.
3. Suministros e insumos hospitalarios gastados.
4. Causa de egreso y pronóstico.
5. Condición del paciente frente al ente hospitalario.
6. El efectivo pago al prestador.
7. Negación de atención oportuna por parte de prestadores o aseguradores.
8. Las condiciones de calidad en la atención por parte de IPS, EPS o regímenes exceptuados.
9. Los demás factores que constituyen costos del servicio, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley.

Artículo 58. Inspección y vigilancia. El incumplimiento de lo dispuesto en este capítulo, será para las entidades prestadoras de los servicios de salud, para las EPS, regímenes especiales y para los empleados responsables, causal de sanción por las autoridades competentes en desarrollo de sus funciones de inspección y vigilancia, de conformidad con lo previsto en los Artículos 49 y 50 de la Ley 10 de 1990, y demás normas concordantes.

Artículo 59. Asistencia por los mismos hechos. Las víctimas que hayan sido beneficiadas con alguna de las anteriores medidas, no serán asistidas nuevamente por el mismo hecho victimizante, salvo que se compruebe que es requerida la asistencia por un hecho sobreviniente.

para cubrir los gastos en la actuación judicial, serán objeto de medidas tendientes a facilitar el acceso legítimo al proceso penal.

De manera preferente y en atención a los recursos monetarios y no monetarios disponibles, podrán ser objeto de medidas tales como el acceso a audiencias a través de teleconferencias o cualquier otro medio tecnológico que permita adelantar las respectivas etapas procesales¹⁶⁵.

Como puede apreciarse la implementación de la presente ley, siguió los estándares y lineamientos internacionales tal como la describió la premio nobel de paz (1992) guatemalteca, Roberta Menchu quien presido en su país trece procesos de paz luego de graves violaciones de derechos humanos que de manera similar al conflicto colombiano tuvieron su génesis en el despojo de tierras y el consecuente desplazamiento provocado por los violentos, los terratenientes y la complacencia de las autoridades.

3.6. JUSTICIA TRANSICIONAL

A manera de aproximación a una definición aceptada por la comunidad internacional de justicia transicional, podemos citar la siguiente:

La justicia transicional es una respuesta a las violaciones sistemáticas o generalizadas a los derechos humanos. Su objetivo es reconocer a las víctimas y promover iniciativas de paz, reconciliación y democracia. La justicia transicional no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de los derechos humanos. En algunos casos, estas transformaciones suceden de un momento a otro; en otro pueden tener lugar después de muchas décadas¹⁶⁶.

Por esta razón se considera en mecanismo idóneo para facilitar el cambio de un estado de violencia a uno de paz, en el que se adecúan las instituciones para responder efectivamente a las demandas de las víctimas de violaciones masivas de derechos humanos que tuvieron ocurrencia a partir de los años ochenta (80) y principios de los noventa (90); se logra por medio de dispositivos consistentes básicamente en comisiones de la verdad, programas de reparación y diversas reformas institucionales.

¹⁶⁵ Ley 1448 de 2011, art. 44

¹⁶⁶ www.ictj.org/es/. Centro Internacional de para la justicia Transicional, consultado 30 diciembre de 2011.

Desde esa estructura avizorada por el reconocido y aceptado Centro Internacional para la justicia Transicional, la Ley 975 de 2005 de entrada ofrece serias dificultades para lograr los propósitos de paz y reconciliación, incoherencias que se vertebran desde la misma propuesta por el ejecutivo¹⁶⁷ y posteriormente por quienes redactaron la Ley (algunos de ellos implicados con los perpetradores –parapolíticos–), con ofrecimientos que no consultaron ningún consenso con la sociedad civil ni con los afectados por esos actos de barbarie.

Ese origen antidemocrático del modelo de justicia transicional que entró en vigor el 25 de julio de 2005, ha derivado a que sea considerada como un fracaso por su costosísima implementación al igual que por sus dudosos resultados por un amplio sector de la opinión pública y de la academia nacional e internacional (Kai AMBOS y otros), frustración que se evidencia en “Falsas desmovilizaciones y en el ingreso de casi el 20 por ciento de esos desmovilizados a nuevas estructuras de violencia. Si la justicia hubiera sido tenido en cuenta como criterio rector del proceso y no como ‘enemigo de la paz’, como alguna vez se le calificó, no habríamos tenido las circunstancias que han llevado a que se sigan formulando leyes para corregir y enmendar un proceso que se dio por terminado (...)”¹⁶⁸.

Por último, la reforma constitucional para crear un marco de justicia transicional con el propósito de obtener la paz recientemente aprobada, no es más que otra modalidad de justicia excepcional que presenta nuevamente serios reparaos que serán analizados más adelante.

¹⁶⁷ Con el objeto de ampliar esa denuncia consúltense entre otros a kai Ambos; a Natalia Springer “*Desactivar la guerra: alternativas audaces para consolidar la paz*”; Iván Cepeda Castro, Artículo diario El Tiempo: *La hacienda Guacharacas “Cuna del Bloque Metro”*.

¹⁶⁸ SPRINGER, Natalia, Artículo *Desactivar la guerra (otra vez)*, El tiempo, lunes 2 de enero de 2012.

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA VICTIMAL EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y SU IMBRICACIÓN EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS, DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

Decantado el objeto central de este escrito, que no es otro que la relevancia de la víctima en su condición de verdadero protagonista del actual sistema penal, reconocida premisa que se confirma desde el momento en que se activa el aparato judicial por medio de denuncia o de querrella interpuestas en la mayoría de los eventos por ésta; correspondiéndole, no sólo impulsar el inicio de la acción penal (art. 250 superior), sino que posteriormente se ve abocado a intervenir hasta el final del proceso como testigo de cargo, contribuyendo de forma decidida con el objeto del proceso.

Situación que expone nuevamente a quien sufre los rigores del crimen, conocimiento que llevó a adoptar medidas trazadas por instituciones del derecho internacional público que orientan el actual derecho de las víctimas (Derecho Internacional de los Derechos Humanos –en adelante referido como DIDH–, el Derecho Internacional Humanitario –en adelante DIH– y Derecho Penal Internacional –en adelante DPI–) en el ordenamiento jurídico interno.

Este nuevo consenso surgido en la comunidad internacional en período de pos guerra, después del holocausto que significó la segunda conflagración mundial en el que perdieron la vida más de cincuenta millones de personas, año 1945 en el que se produce una verdadera revolución (tomando prestado el lenguaje de Thomas S. KUHN) en el orden internacional que evolucionó el mismo concepto de Estado, dinamizándolo, en Estado Social de Derecho, puesto que el modelo de ‘estado de derecho decimonónico’ colapsó.

Nueva configuración basada en el respeto y reconocimiento de los Derechos Humanos (en adelante DDHH) que hace fácil aceptar que:

[e]n la actualidad los derechos humanos se han convertido en la idea política fundamental por excelencia y válida a nivel mundial. La idea de los derechos humanos es “fundamental por excelencia” porque, según la comprensión corriente, proporciona los estándares mínimos para que la situación legal, política, social o económica de las personas sea considerada como aceptable o como mínimo se pueda tolerar. Una institución, un modo de actuar o una situación social que vulnere los derechos humanos *está* inmediatamente deslegitimada por ello¹⁶⁹.

Con lo anteriormente descrito, podemos afirmar que los DDHH nacen como respuesta de ese conflicto universal en reconocimiento de la dignidad, la libertad y la igualdad inherentes a todo ser humano; pero esencialmente, al derecho a vivir en paz. Se concretan con el establecimiento de las Naciones Unidas, sólo a partir de entonces se puede hablar de la globalización de los Derechos Humanos aunque sea discutible su carácter de universales, en efecto, con la firma de la Carta de las Naciones Unidas el 26 de junio de 1945 en San Francisco se obligan los estados a proteger a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres¹⁷⁰.

Sin ánimo de exhaustividad, se reconoce académicamente que la Carta marca el portal de lo que se convertiría en el cuerpo universal de Derechos Humanos positivados (los reconocidos por los humanistas, iluministas, racionalistas de cuño iusnaturalista no fueron obstáculo a los impulsos de poder psicótico propio del nacional socialismo, del falangismo, del fascismo), en la guía de todos los instrumentos sobre el tema. Tarea seguida por la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948-, primer documento con proyección universal y con valor jurídico conforme a la doctrina mayoritaria-; los Pactos internacionales de Derechos Humanos del 16 de diciembre de 1966 en el orden universal; en el sistema americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969 y otros.

¹⁶⁹ MENKE, Christoph y POLLMAN, Arnd. *Filosofía de los Derechos Humanos*, Barcelona: Herder, 2010, p. 11.

¹⁷⁰ Carta de la naciones Unidas del 26 de junio de 1945, preámbulo.

El compromiso estatal en la promoción y salvaguarda de los derechos humanos, requisito esencial para el desarrollo de un país se constata en el siguiente documento:

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma el solemne compromiso de todos los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, otros instrumentos relativos a los derechos humanos y el derecho internacional. El carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas

En este contexto, el fortalecimiento de la cooperación internacional en la esfera de los derechos humanos es esencial para la plena realización de los Propósitos de las Naciones Unidas.

Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos; su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos¹⁷¹.

Con base en estos principios provenientes del discurso de los DDHH, reconocidos por la comunidad internacional, se delinearon los derechos de las víctimas del delito y del abuso del poder, el primero de ellos el de contar con recursos judiciales efectivos, finalizando el siglo veinte ante las graves denuncias por perpetraciones de conductas que violentaron y continúan violentando los derechos básicos a nivel individual y colectivo.

2. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, DISPOSITIVO SUPERIOR QUE RELACIONA LO DISPUESTO EN CONVENIOS SOBRE DERECHOS HUMANOS, DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL SOBRE PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

En su condición de ordenamiento jurídico de la comunidad universal, el Derecho Internacional (en especial tres ramas: DDHHH, DIH y Derecho Penal Internacional) se relaciona con la Constitución del 91 en indisoluble unidad por medio de un mecanismo originario de la doctrina comparada (francesa), el denominado bloque de constitucionalidad.

¹⁷¹ Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.

La indiscutida fuerza vinculante de esos convenios en el orden jurídico interno deviene de la característica cenital de los Derechos Fundamentales que los hace independientes de un reconocimiento estatal e incluso autónomos de estar o no positivados, estos se expanden con el reconocimiento de la dignidad humana por medio de los diversos tratados; si bien estos son cuerpos normativos diferentes, se reconocen como complementarios en cuanto protegen la vida, integridad y supervivencia de la especie humana.

De esta manera para efectos de interpretación de las normas, los tribunales constitucionales acuden con frecuencia a los estándares provenientes de esas modalidades del Derecho Internacional Público y a las interpretaciones que generan reglas acerca de garantías al ofensor pero fundamentalmente a la víctima, así encontramos que dichos instrumentos jurídicos internacionales establecen en la mayoría de los casos de manera paralela el derecho a la libertad con el de la seguridad personales, estas reglas se incorporan en virtud del bloque de constitucionalidad “*Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”¹⁷².

Importante finalidad de esas normas internacionales en materia de interpretación para nuestro tribunal constitucional, que “consiste en contribuir en la creación judicial de las llamadas ‘subreglas constitucionales’, esto es, las normas de derechos fundamentales que servirán finalmente como premisa mayor al momento de resolver un caso concreto”¹⁷³, es trascendente esta aportación del derecho internacional al interno por vía bloque de constitucionalidad por cuanto “cuando se afirma que la norma interna debe ser interpretada de conformidad con la internacional, realmente se está afirmando que se van a construir nuevas normas jurídicas, de origen judicial y no legislativo”¹⁷⁴.

Reconocimiento que impone a los operadores jurídicos en la aplicación e interpretación del sistema penal, observar lo dispuesto en los artículos 2º y 3º de la Ley 599 y 906 correspondientemente, normas rectoras sobre la integración¹⁷⁵ con la normatividad penal de esos tratados y la paralela

¹⁷² Constitución de 1991, art. 93 *in fine*.

¹⁷³ RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011, p. 62.

¹⁷⁴ *Ib.*, p. 65.

¹⁷⁵ Art. 2º C.P.: *Integración*. Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código.

prevalencia de los mismos por formar bloque de constitucionalidad¹⁷⁶. Afín con el objeto de estudio abordado es pertinente el dispositivo en cita por cuanto permite la integración normativa de las directrices y lineamientos del derecho internacional de DDHH ratificados por Colombia a casos penales concretos.

En ese mismo orden de ideas, apuntalando ahora sobre la relevancia de ese dispositivo en materia de víctimas, debe tenerse en cuenta lo expresado en la sentencia C-591 de 2005: “para efectos de interpretar la normatividad procesal penal se puede acudir, como criterio auxiliar, a las opiniones consultivas emanadas de la corte Interamericana de Derechos Humanos, a ciertas resoluciones expedidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en especial, las referentes a los derechos de las víctimas (...)”¹⁷⁷.

Desde la coyuntura de la normativa constitucional con la de las convenciones ratificadas por el estado colombiano, el ordenamiento nacional en punto de las víctimas se ve influenciado por el contenido del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que instituye además de las garantías procesales para el infractor, las de la víctima al disponer:

*Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil*¹⁷⁸. (Énfasis agregado)

Surge concluyente de lo expuesto la relevancia del bloque de constitucionalidad en recursos para la víctima del delito y de la violencia.

3. DOCUMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE DDHH Y DERECHO EXTRANJERO

Continuando con la dinámica empleada, esto es, con la investigación de la filosofía, de la historia del derecho y del derecho comparado como

¹⁷⁶ Art. 3° C.P.P.: Prelación de los tratados internacionales. En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad.

¹⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-591 de 2005, M.P. Vargas Hernández Clara Inés.

¹⁷⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.

fuelle del derecho de las víctimas, nos detendremos en este punto en el estudio de la evolución del derecho y práctica internacionales, en ese entendido partiremos de la declaración de independencia norteamericana (4 de julio de 1776) y la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, concreción de la Revolución Francesa (1789) teniendo en cuenta que consagraron respectivamente los derechos del hombre a nivel estadual, la primera y la segunda los catapultó a todo el orbe, esta última en su artículo 2º expresa: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre (...)”¹⁷⁹.

El anterior horizonte fruto del aporte de la filosofía a todos los saberes, derivo en los principios fundados en esas declaraciones que posteriormente dieron vida a los instrumentos internacionales que trazaron el camino del reconocimiento de los derechos subjetivos por el Estado y posteriormente a los documentos que fueron vertebrando la disciplina victimológica a nivel universal, citaremos los siguientes:

3.1. INSTRUMENTOS DE DERECHOS HUMANOS PRECURSORES EN EL TEMA VICTIMAL

La Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 diciembre de 1948, documento declarativo en cuanto originariamente sólo generaba obligatoriedad moral para los estados miembros a través de lo enunciado en sus 30 artículos que sintetizan los denominados derechos humanos de primera y segunda generación (derechos civiles y políticos; económicos, sociales y culturales respectivamente), pero al integrarse posteriormente con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (que si vinculan jurídicamente a los estados) y sus Protocolos, han estructurado la denominada por la doctrina, Carta Internacional de los Derechos Humanos.

La Declaración de 1948 dispuso en el preámbulo que la libertad, la justicia y la paz tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Esta norma pone de relieve el concepto de dignidad humana y los demás derechos que le son inherentes o que en ella se fundan, reconocimiento que cobraría importancia al ser “recogidos por las Constituciones modernas como valores normativos de carácter fundamental”¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (26 de agosto de 1789).

¹⁸⁰ BARBOSA CASTILLO Gerardo, *op. cit.*, p. 29.

Tanto la Declaración Americana de Derechos del Hombre¹⁸¹, como la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁸² marcaron en 1948, el inicio de una tendencia en el derecho internacional por desarrollar instrumentos que garantizaran el derecho de todas las personas a una tutela judicial efectiva de sus derechos¹⁸³.

En este proceso, el art. 8º de la Declaración Universal asimila quizás la norma más importante para la judicialización del derecho de las víctimas *Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*¹⁸⁴, regla que ha permitido desarrollar toda una serie de principios que aseguran a las víctimas mecanismos para interponer recursos y para obtener reparaciones.

3.2. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE 1966

Instrumento adoptado por la Asamblea General mediante la Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, entró en vigencia el 23 de

¹⁸¹ *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, OAS Res. XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948), reimpresso en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/IL82 doc.6 rev.1 p. 17 (1992). Artículo XVIII. Derecho de justicia. Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

¹⁸² *Declaración Universal de Derechos Humanos*, AG. res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 p. 71 (1948). Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

¹⁸³ Ciertas convenciones, como la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, (Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984), prevén la reparación de los daños causados a las víctimas. En el Artículo 14, esta convención prevé la obligación de los Estados de velar porque “1. (...) su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una *indemnización justa y adecuada*, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización. 2. Nada en lo dispuesto en el presente Artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a la indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales.

¹⁸⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 8º, 10 de diciembre de 1948.

marzo de 1976; aprobado mediante Ley 74 de 1968 en Colombia; en su artículo 9 numeral 1 reza “Todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales” (negrilla y subrayas no son del texto).

Documento que respecto a la noción de seguridad de la persona incardina la obligación de todo Estado de brindar protección a todos los que se encuentran en su territorio, disposición acogida en el artículo 2° Carta Política de 1991: “*El Comité de Derechos Humanos “protege el derecho a la seguridad de la persona también por fuera del contexto de la privación de la libertad formal”*”, y que una interpretación del artículo 9 que “*admita que un Estado parte haga caso omiso de amenazas contra la seguridad de personas no detenidas sujetas a su jurisdicción haría totalmente ineficaces las salvaguardas del Pacto*”¹⁸⁵.

En la perspectiva del Comité para efectivizar esa obligación dimanada del Pacto ha interpretado reiteradamente: “En términos jurídicos, no es posible que los Estados descarten las amenazas conocidas contra la vida de las personas que están bajo su jurisdicción sólo porque estas personas no estén detenidas o presas”; por el contrario, “Los Estados tienen la obligación de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger a las personas”¹⁸⁶.

3.3. PRINCIPIOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO

Sin el ánimo de ser reiterativos, precisaremos una enunciación de valiosos instrumentos que conforman la carta de navegación de derechos de las víctimas del delito y de la violencia.

3.3.1. *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder.*

Después del establecimiento de un catálogo de derechos individuales y colectivos de promoción y protección por parte de la comunidad internacional, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por consenso el 29 de noviembre de 1985, mediante resolución 40/34

¹⁸⁵ Comunicación No. 711 de 1996, *Carlos Díaz Vs. Angola* (observación adoptada el 20 de marzo de 2000), en UN doc. GAOR, A/55/40 (Vol II), p. 106, párr. 8.3 citado por NACIONES UNIDAS, *SERIE DE CAPACITACIÓN PROFESIONAL No. 9 DERECHOS HUMANOS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*, Nueva York y Ginebra, 2003, p. 4.

¹⁸⁶ Comunicación No 195 de 1985, *W. Delgado Vs. Colombia*. (observación adoptada el 12 de julio de 1990) en UN doc. GAOR, A/45/40 (vol. II), p. 47, párr. 5.5. citado ibídem.

la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, desde este momento la víctima pasa a ocupar un lugar protagónico como se venía demandando.

La comunidad internacional incorporó este instrumento con el objetivo que la víctima sea tratada con el respeto que demanda el reconocimiento de su dignidad y sobre todo lograr la restitución por el daño sufrido a través de la justicia penal, además de atención y asistencia.

3.3.2. *Manual sobre el uso y aplicación de la Declaración*

Publicado en 1998 que tiene como objetivo principal promover la implementación de la declaración, de lo que sigue que el propósito fundamental de este manual es servir como un instrumento para implementar “programas de servicios para víctimas, y para desarrollar políticas sensibles hacia las víctimas, procedimientos y protocolos para las entidades del sistema de justicia penal y otros que tienen contacto con víctimas” (HANDBOOK, 1998)¹⁸⁷.

Podemos resumir el objetivo de este manual describiéndolo como norte del tratamiento que debe brindársele a la víctima en cuanto promueve la implementación de sus derechos, erigiéndose en un instrumento encaminado a promover un programa de servicios.

3.3.3. *Guía para la elaboración de políticas*

Igualmente publicado en abril de 1998 como el anterior y cuya finalidad fue la de elaborar programas que permitan proveer lo que las víctimas necesitan.

3.3.4. *Declaración y Programa de Acción de Viena*

Instrumento a consultar sobre derecho de las víctimas aunque no tan especializado como el anterior, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de junio de 1993 en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, como quiera que reafirma el compromiso de todos los estados de “cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el derecho internacional...”¹⁸⁸; el

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ Declaración y Programa de Acción de Viena aprobado en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.

derecho a no ser sometido a torturas; derechos del niño, derecho de igualdad en cuanto a no ser discriminados; la promoción de mecanismos para las víctimas de la limpieza étnica; insta a la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, encubiertas o palmarias¹⁸⁹; “pide a todos los Estados que adopten eficaces medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole para impedir las desapariciones forzadas, acabar con ellas y castigarlas”¹⁹⁰ y por último, traza el marco que conducirá al informe final de Luis JOINET que veremos *infra*, sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos.

A manera de reflexión traemos a colación el debate que se suscitó por los delegados de los estados con gobiernos autoritarios del este asiático con motivo de la aprobación de la declaración, plantearon la no necesidad de ocuparse de libertades y derechos políticos cuando lo notorio y acuciante “[s]on las necesidades económicas”, estos comisionados “se mostraron contrarios a defender en general los derechos políticos y humanos básicos en todo el mundo... En este tipo de análisis suele plantearse con frecuencia la siguiente pregunta retórica: ¿qué es lo primero que hay que hacer? ¿Erradicar la pobreza y sufrimiento o garantizar las libertades políticas y los derechos humanos que de poco les sirven de todos modos a los pobres?”¹⁹¹

3.3.5. *Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz*

Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, afianzando los anteriores principios sobre la base de que: art. 1º. Una cultura de paz es un conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida basados en: c) El respeto pleno y la promoción de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, i) *La adhesión a los principios de libertad, justicia, democracia, tolerancia, solidaridad, cooperación, pluralismo, diversidad cultural, diálogo y entendimiento a todos los niveles de la sociedad y entre las naciones; y animados por un entorno nacional e internacional que favorezca a la paz*¹⁹². (Cursiva no hace parte del texto).

¹⁸⁹ Id., pár. 40 de la Parte II.

¹⁹⁰ Id., pár. 62 de la parte II.

¹⁹¹ AMARTYA, Sen. *Desarrollo y libertad*, 10ª reimpresión, Bogotá: Planeta, 2011 p. 184.

¹⁹² Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz, aprobada el 13 de septiembre de 1999.

3.4. PARÁMETROS SOBRE LOS DERECHOS PARA LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

3.4.1. *Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos para la lucha contra la impunidad 1997*

Conocido también como informe JOINET contra la impunidad, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, presentó el Informe Final sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, adoptado mediante Resolución 1996/119, donde se señaló que el derecho de las víctimas a obtener la reparación de los daños ocasionados por el delito entrañaba tanto medidas individuales como colectivas. Dentro de las medidas individuales se incluyeron medidas de restitución -cuyo objetivo debe ser lograr que la víctima recupere la situación en la que se encontraba antes, medidas de indemnización que cubran los daños y perjuicios físicos y morales, así como la pérdida de oportunidades, los daños materiales, los ataques a la reputación y los gastos de asistencia jurídica y medidas de rehabilitación, atención médica y psicológica o psiquiátrica. Como parte de las medidas de carácter colectivo, se señalaron las reparaciones simbólicas¹⁹³.

¹⁹³ Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, presentó el Informe Final sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos), adoptado mediante Resolución 1996/119: “41. A escala individual, las víctimas, ya se trate de víctimas directas o de familiares o personas a cargo, deberán disponer de un recurso efectivo. Los procedimientos aplicables serán objeto de la más amplia publicidad posible. *El derecho a obtener reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima.* De conformidad con el conjunto de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación (...) este derecho comprende los tres tipos de medidas siguientes: a) medidas de restitución (cuyo objetivo debe ser lograr que la víctima recupere la situación en la que se encontraba antes); b) medidas de indemnización (que cubran los daños y perjuicios físicos y morales, así como la pérdida de oportunidades, los daños materiales, los ataques a la reputación y los gastos de asistencia jurídica); y c) medidas de rehabilitación (atención médica y psicológica o psiquiátrica). 42. A nivel colectivo, las medidas de carácter simbólico, en concepto de reparación moral, como el reconocimiento público y solemne por el Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales de restablecimiento de la dignidad de las víctimas, los actos conmemorativos, los bautizos de vías públicas, y las erecciones de monumentos facilitan el deber de recordar”.

El documento final, define *la impunidad* por la ausencia, *de iure o de facto*, de la imputación de la responsabilidad penal de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de su responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, de modo que aquéllos escapen a toda investigación tendiente a permitir su imputación, su arresto, su juzgamiento y, en caso de reconocerse su culpabilidad, a su condena a penas apropiadas, y a reparar los perjuicios sufridos por sus víctimas.

El informe establece una respuesta vigorosa a la impunidad generada en los países donde sus pobladores en las décadas de los 70 y 80 especialmente, en este hemisferio en la denominada “Operación Cóndor”¹⁹⁴, fueron víctimas de dictaduras militares apoyadas por la agencia central de inteligencia (CIA); en España, en la dictadura franquista; lugares en que los gobiernos en yunta con el legislativo pretendieron con leyes de amnistía, de punto final y/o de perdón y olvido generar absoluta impunidad para los perpetradores y denegar el acceso a la justicia de las víctimas.

Primordialmente el conjunto de principios busca evitar que los Estados adopten medidas que privilegien a los sujetos agentes por medio de disposiciones que tiendan a la impunidad de estos, denegación de justicia que afecta a la sociedad en general y a las víctimas en especial. Las medidas restrictivas fueron relacionadas *supra* (p. 109), en este apartado las traemos únicamente con el fin de contextualizarlas y contemporizarlas con la actualidad regional y nacional.

a) *Prescripción*, la inacción del estado respecto a las investigaciones por crímenes catalogados como más graves contra la humanidad no puede privilegiar a protervos violadores de derechos esenciales, que ante la cómplice pasividad de las autoridades burlan el derecho colectivo e individual de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

b) *La amnistía*, puesto que en la mayoría de los casos son leyes diseñadas y aprobadas por los mismos infractores o por sus aliados (Chile, Argentina, Perú, España –ley de punto final– y otros), después de haber transcurrido mucho tiempo sin emprender ninguna medida judicial efectiva encaminada a investigar ni a individualizar a los sujetos agentes de crímenes que alarman a la comunidad internacional.

c) *El derecho de asilo*, no es nada nuevo que las autoridades y políticos comprometidos con comportamientos que quebrantaron derechos

¹⁹⁴ Operación o Plan Cóndor, se denominó a las maniobras de exterminio de personas consideradas por los regímenes militares del Cono Sur de América (Chile, Argentina, Paraguay, Uruguay y Bolivia) coordinadas por la CIA.

esenciales de los individuos y de la colectividad, una vez frustrado su intento en el diseño de leyes que les brinde impunidad, busquen en los gobiernos afines de otros países asilo para sí mismos o para quienes con ellos actuaron en connivencia; para ilustrar, obsérvese en nuestro país el caso de María del Pilar Hurtado ex directora del DAS, que gracias a esta institución ha burlado la justicia colombiana y el derecho de muchas víctimas, actualmente se encuentra en territorio panameño en asilo territorial; anteriormente, lo había intentado el primo hermano del anterior mandatario, Mario Uribe en un fallido intento de asilo en la embajada de Costa Rica; actualmente el ex comisionado de paz Luis Carlos Restrepo se encuentra en cualquier lugar del exterior huyendo y burlándose de la justicia colombiana.

d) *La extradición*, mecanismo utilizado a ultranza para dejar fuera del panorama jurídico nacional a los cabecillas de los grupos paramilitares y con ellos toda la información que potencialmente podía afectar a determinadas personalidades. Se convierte también en fuente de impunidad en la medida que los extraditados luego de delinquir durante largo tiempo en el territorio nacional dejando un gran número de víctimas, negocian con el sistema de justicia del país requirente, consiguiendo condenas irrisorias, para después de cumplida su ínfima pena ser deportados; convirtiéndose en la práctica en una pírrica estadística de eficacia por parte de las autoridades y en circunstancia de potencial victimización.

e) *El proceso en ausencia*, esto es una gran limitante en los sistemas de tendencia acusatoria formal.

f) *La obediencia debida*, con el fin de que no queden exonerados los ejecutores esgrimiendo ser exculpados por haber recibido órdenes de los superiores, igualmente, es un principio del Estatuto del tribunal Militar Internacional de Núremberg (artículo 8º)¹⁹⁵ y de los ordenamientos jurídicos de casi todos los países democráticos.

g) *Leyes de arrepentimiento*, que sólo deben considerarse como causales de disminución punitiva nunca de eximentes de responsabilidad.

h) *los tribunales militares*, a pesar de la experiencia arrojada por la práctica de esa jurisdicción castrense, además de las peticiones conocidas por la Comisión interamericana por las víctimas de violación de Derechos Humanos y de las condenas impuestas al estado colombiano por la Corte Interamericana, se aprobó una nueva ley que permite el fuero militar.

¹⁹⁵ *El hecho de que el Acusado actuara obedeciendo órdenes de su gobierno o de un superior no le exonerará de responsabilidad, pero podrá considerarse un atenuante al determinar la condena si el Tribunal estima que la justicia así lo exige.*

Mírese la Audiencia celebrada en octubre de 2010 en sede de la citada Comisión acerca de la actuación de la jurisdicción penal militar en casos graves de violaciones de derechos Humanos en Colombia ejecutados por miembros de la fuerza pública o con su anuencia, en la que se denuncia:

En efecto, la aplicación de la jurisdicción penal militar ha tenido gran incidencia en la impunidad de más del 98 % de casos de ejecuciones extrajudiciales cometidas en Colombia durante los últimos ocho años. La mayoría de este tipo de investigaciones se adelantan desde su inicio por la Justicia Penal Militar, por ser ellos quienes están en el lugar de los hechos cuando se presentan los presuntos “combates” donde terminan abatidos “miembros de la insurgencia” o “del paramilitarismo” y más recientemente “de bandas criminales emergentes”-dependiendo del área en que se quiera evidenciar resultados militares-.

Estas cifras y constataciones, evidencian que a pesar de las múltiples recomendaciones de órganos internacionales de protección de los derechos humanos como la OACNUDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“La Comisión”), el Estado colombiano continúa negando a las víctimas de graves violaciones a derechos humanos¹⁹⁶.

La justicia penal militar se ha convertido en un reconocido estrado cuyas prácticas afectan el derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos al conceder privilegios en el trato judicial a miembros de la fuerza pública comprometidos en notorias trasgresiones a los Derechos Humanos.

En otro capítulo revela el informe sobre “la importancia que reviste la lucha contra la impunidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, considera, a través de una novedosa jurisprudencia, que la amnistía otorgada a los autores de violaciones graves de derechos humanos es incompatible con el derecho que toda persona tiene a que su causa sea conocida equitativamente por un tribunal imparcial e independiente”¹⁹⁷.

El informe, cataloga que son derechos de las víctimas los de la Declaración de 1985 como sujetos de derecho, a esos derechos se suman,

¹⁹⁶ Audiencia desarrollada en el 140º período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 28 de octubre de 2010, tomada de la versión en línea, 9 de enero de 2012.

¹⁹⁷ JOINET, Luis. *Informe final acerca de la cuestión de violaciones de los derechos humanos*, Naciones Unidas, 1997.

a título preventivo, una serie de medidas destinadas a garantizar la no reiteración de las violaciones, que son aplicables en todo contexto donde se hayan producido graves violaciones a los Derechos Humanos:

Garantía de no repetición de las violaciones.

43. Las mismas causas producen los mismos efectos, tres medidas se imponen para evitar que las víctimas no sean de nuevo confrontadas a violaciones que puedan atentar contra su dignidad:

a) disolución de los grupos armados paramilitares: se trata de una de las medidas más difíciles de aplicar porque, si no va acompañada de medidas de reinserción, el remedio puede ser peor que la enfermedad;

b) Derogación de todas las leyes y jurisdicciones de excepción y reconocimiento del carácter intangible y no derogable del recurso de habeas corpus; y

c) Destitución de los altos funcionarios implicados en las violaciones graves que han sido cometidas. Se debe tratar de medidas administrativas y no represivas con carácter preventivo y los funcionarios pueden beneficiarse de garantías¹⁹⁸.

El derecho a la verdad, trasciende el derecho a saber a nivel individual para alcanzar el nivel colectivo con el fin de evitar que las violaciones se repitan y exige como contrapartida al Estado, ‘el deber de memoria’.

Mecanismos propuestos en el documento para lograr esos fines: las Comisiones no judiciales de investigación y preservación de los archivos con relación a las violaciones de los Derechos Humanos.

A manera de conclusión, consideramos necesario remarcar lo que ese importante instrumento en su acápite rotulado como epílogo invoca: ¡Para poder dar la vuelta a la página es necesario haberla leído! Pero la lucha contra la impunidad no es tan sólo una cuestión jurídica y política; ¿no nos olvidamos a menudo de su dimensión ética?

51. “Desde los orígenes de la humanidad hasta la época contemporánea, la historia de la impunidad es la historia de un conflicto perpetuo y de una extraña paradoja: conflicto que opone el oprimido a su opresor, quien, liberado de sus cadenas, asume a su vez la responsabilidad del Estado y se encuentra preso del engranaje de la reconciliación nacional, terminando por relativizar su compromiso inicial contra la impunidad”¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Id., pàr. 43.

¹⁹⁹ Id. Pàr. 50 y 51.

3.4.2. *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.*

Tuvo origen en el Comisión de Derechos Humanos el 8 de febrero de 2005 de las Naciones Unidas, adición al conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

Reafirma los principios citados en precedencia, por lo cual nos limitaremos a transliterar el siguiente cuadro sinóptico por considerarlo de interés:

I. LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD: OBLIGACIONES GENERALES

- Principio 1. Obligaciones generales de los Estados de adoptar medidas eficaces para luchar contra la impunidad

II. DERECHO A SABER

A. Principios generales

- Principio 2. El derecho inalienable a la verdad
- Principio 3. El deber de recordar
- Principio 4. El derecho de las víctimas a saber
- Principio 5. Garantías para hacer efectivo el derecho a saber

B. Comisiones de investigación

- Principio 6. Establecimiento y función de las comisiones de la verdad
- Principio 7. Garantías de independencia, imparcialidad y competencia
- Principio 8. Delimitación del mandato de una comisión
- Principio 9. Garantías relativas a las personas acusadas
- Principio 10. Garantías relativas a las víctimas y a los testigos que declaran a su favor
- Principio 11. Recursos adecuados para las comisiones
- Principio 12. Función de asesoramiento de las comisiones
- Principio 13. Publicidad de los informes de las comisiones

C. Preservación y consulta de los archivos a fin de determinar las violaciones

- Principio 14. Medidas de preservación de los archivos
- Principio 15. Medidas para facilitar la consulta de los archivos
- Principio 16. Cooperación de los servicios de archivo con los tribunales y las comisiones extrajudiciales de investigación
- Principio 17. Medidas específicas relativas a los archivos de carácter nominativo
- Principio 18. Medidas específicas relativas a los procesos de restablecimiento de la democracia y/o de la paz o de transición hacia ellas

III. DERECHO A LA JUSTICIA

A. Principios generales

- Principio 19. Deberes de los Estados en materia de administración de la justicia

B. Delimitación de competencias entre las jurisdicciones nacionales, extranjeras, internacionales e internacionalizadas

- Principio 20. Competencia de los tribunales penales internacionales e internacionalizados
- Principio 21. Medidas para reforzar la eficacia de los principios jurídicos internacionales relativos a la competencia universal e internacional

C. Medidas restrictivas incorporadas a determinadas normas del derecho que se justifican por la lucha contra la impunidad

- Principio 22. Carácter de las medidas restrictivas
- Principio 23. Restricciones a la prescripción
- Principio 24. Restricciones y otras medidas relativas a la amnistía
- Principio 25. Restricciones al derecho de asilo
- Principio 26. Restricciones a la extradición/non bis in *idem*
- Principio 27. Restricciones a las justificaciones que puedan vincularse a la obediencia debida, la responsabilidad superior y el carácter oficial
- Principio 28. Restricciones a los efectos de las leyes sobre divulgación o sobre arrepentidos

- Principio 29. Restricciones a la competencia de los tribunales militares
- Principio 30. Restricciones al principio de inamovilidad de los jueces²⁰⁰.

3.5. PRINCIPIOS DE LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE EL DERECHO A LA VERDAD

Autónomamente de todos los instrumentos relacionados con anterioridad contentivos de ese derecho, sobre la especialidad tenemos los siguientes antecedentes:

- Resolución aprobada por la Asamblea General Proclamación del 24 de marzo como Día Internacional del Derecho a la Verdad en relación con Violaciones Graves de los Derechos Humanos y de la Dignidad de las Víctimas
- Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos Proclamación del 24 de marzo como Día Internacional del Derecho a la Verdad en relación con Violaciones Graves de los Derechos Humanos y de la Dignidad de las Víctima.
- Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el derecho a la verdad (2010).
- Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos «El derecho a la verdad» (2009).
- Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el derecho a la verdad (2009).
- Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el derecho a la verdad (2007).
- Estudio sobre el derecho a la verdad Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2006).
- Resolución aprobada por la Asamblea General. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos

²⁰⁰ Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, 8 de febrero de 2005.

y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

- Resolución aprobada por la Asamblea General. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas²⁰¹.

3.6. PRINCIPIOS Y DIRECTRICES BÁSICOS SOBRE EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES MANIFIESTAS DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y DE VIOLACIONES GRAVES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO A INTERPONER RECURSOS Y OBTENER REPARACIONES

Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005, deben ser destacados igualmente en este marco.

En calidad de mecanismos apropiados de acceso a una tutela judicial efectiva que tiendan a resguardar los derechos de las víctimas, la resolución dispone para los Estados la adopción de “procedimientos legislativos y administrativos apropiados y eficaces y otras medidas apropiadas que den un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia (...)”²⁰².

Reitera sobre la imprescriptibilidad de delitos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional.

3.7. CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES

Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor el 26 de junio de 1987, con vigencia para Colombia desde el 8 de enero de 1988, en virtud de la Ley 70 de 1986.

²⁰¹ Documento Día Internacional del Derecho a la Verdad en relación con Violaciones Graves de los Derechos Humanos y de la Dignidad de las Víctimas

²⁰² Principio y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005.

Se instruye a los Estados para que adopten medidas encaminadas a prevenir cualquier trato cruel o degradante a través de medidas legislativas, administrativas o judiciales²⁰³ en el territorio bajo su jurisdicción, especialmente controlará las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio y medidas de custodia para las personas privadas de la libertad²⁰⁴.

La Convención establece entre otras, las siguientes medidas:

1. Todo Estado Parte velará porque su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales²⁰⁵.

Otra medida sancionatoria procesal es: Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración²⁰⁶.

3.8. BORRADOR SOBRE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE JUSTICIA Y APOYO A LAS VÍCTIMAS DEL DELITO Y ABUSO DEL PODER

Por último, merece mención especial el borrador elaborado por la Sociedad mundial de Victimología puesto a consideración de las Naciones Unidas para la futura redacción de la Convención por ser a no dudarlo el paso inicial para lograr en torno al derecho de las víctimas un consenso sobre medidas para su protección y apoyo con efecto vinculante para los estados partes, en cuyo preámbulo se indica “recordando la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (GA/40/34) DE 1985 mediante la cual se solicitaba a los Estados Miembros que adoptaran las

²⁰³ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 2º.

²⁰⁴ *Ibíd*em, art. 11.

²⁰⁵ *Ib.*, art. 14.

²⁰⁶ *Ib.*, art. 15.

medidas necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y Abuso del Poder”.

4. EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

4.1. BREVE RESEÑA

Gran importancia para el objeto de nuestro estudio adquiere el Derecho Penal Internacional en la medida que la creación de un tribunal penal permanente tiene como finalidad primordial atacar la impunidad de los perpetradores de crímenes internacionales cuyos actos antijurídicos vulneran intereses esenciales a la paz, seguridad y bienestar internacionales, afectando a la comunidad internacional en su conjunto.

En este momento, el Tribunal Penal Internacional ha acordado con los órganos del Sistema Regional conocer casos de competencia de éste último, en los que se vislumbre responsabilidad individual en los crímenes más graves, recordemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo sanciona a los Estados e impone la obligación a estos de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos.

Teniendo en cuenta que muchas de las disposiciones del Estatuto de la Corte Penal Internacional tiene referente directo en los instrumentos implementados para el funcionamiento de los tribunales itinerantes que le precedieron, una breve reseña es indispensable: en este sentido, el primer Estatuto al que debe hacerse mención por ser el que suscita la creación de un verdadero Tribunal Universal (los precedentes sólo fueron multinacionales, representados exclusivamente por los vencedores) competente para hacer efectivos los derechos de las víctimas de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, en especial el más importante, a ser oídas, es el de la ex Yugoslavia creado para el enjuiciamiento de crímenes producidos en su territorio desde 1991²⁰⁷.

La anterior reseña permite precisar como antecedente inmediato del Estatuto de Roma, los Estatutos que implementaron los Tribunales Internacionales *ad hoc* para la ex Yugoeslavia y para Ruanda adoptados

²⁰⁷ *Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las Violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991.*

por el Consejo de Seguridad, para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario, que en el tema victimal, no consagraron medidas de compensación, empero, adoptaron algunos mecanismos para de alguna manera garantizar la reparación, veamos:

- Art. 22. Protección de las víctimas y de los testigos del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes ocurridos en el territorio de la antigua ex Yugoslavia a partir de 1991: *El Tribunal Internacional prevé en sus reglas de procedimiento y de prueba medidas de protección para las víctimas y los testigos. Las medidas de protección comprenden, como mínimo, las audiencias a puerta cerrada y la protección de la identidad de las víctimas*²⁰⁸.
- En la Regla No. 106 de procedimiento y prueba del Tribunal para Yugoslavia, se establece lo siguiente: “(b) Teniendo en cuenta la legislación nacional relevante, la víctima o quienes actúen en su nombre, podrán reclamar ante los tribunales nacionales o las autoridades competentes la compensación a que haya lugar; c) Para efectos de la reclamación de perjuicios, la decisión del Tribunal en la que se establezca la responsabilidad criminal de la persona juzgada será definitiva y vinculante”²⁰⁹.

4.2. CORTE PENAL INTERNACIONAL

4.2.1. *Estatuto de Roma y mecanismos de amparo a las víctimas del crimen*

Las notorias deficiencias de los Estatutos citados anteriormente, fueron suplidas con suficiencia por el Estatuto de la Corte en el que se establecieron medidas encaminadas a garantizar no sólo el derecho de la víctima a la verdad, justicia, sino que también la de ser reparadas materialmente, incluso previendo un fondo fiduciario para tal fin.

El Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, entrada en vigor el 1º de julio de 2002; para

²⁰⁸ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, adoptado por el Consejo de Seguridad, Resolución 827, del 25 de mayo de 1993

²⁰⁹ Reglas de Procedimiento y Prueba Tribunal ex Yugoslavia, aprobadas en 1994.

nuestro país el 1º de noviembre de 2002 en virtud de la Ley 742 de 2002. El texto del Estatuto de Roma y de la ley aprobatoria fueron declarados exequibles mediante sentencia C-578 de 2002, fallo hito, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Tiene como característica ser un código prospectivo que busca terminar la impunidad y contribuir a la prevención de nuevos crímenes, obligando a los Estados a adoptar medidas en el plano nacional para la consecución de esos fines, entendiéndose como complementaria de las jurisdicciones penales nacionales²¹⁰.

Para evitar caer en imprecisiones e incurrir en dislates que incluso se escuchan a connotados juristas y de manera reiterada a comunicadores sociales, debe tenerse en cuenta que:

1. Se encuentra facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional consagrados en el estatuto²¹¹.

2. Su competencia es complementaria a la de los tribunales nacionales²¹².

3. La víctima no puede accionar directamente la competencia de la Corte, lo puede hacer a través del Fiscal.

4. La competencia del tribunal no es retroactiva, solo puede investigar y enjuiciar a los infractores de crímenes tipificados en el estatuto realizados después del 1º de julio de 2002, fecha en que entró a regir²¹³.

Este catálogo consagra las siguientes medidas en pro de la víctima:

- El artículo 68 compendia lo relativo a “protección de las víctimas y testigos y su participación en la actuaciones”, en especial las medidas de protección de la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos.
- El artículo 75 establece la reparación a las víctimas. “La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes...” 2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse

²¹⁰ Cfr. Preámbulo del Estatuto.

²¹¹ Tratado de Roma, art 1º.

²¹² Ibid.

²¹³ Ib. Art. 11-1.

a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79.

- La participación de la víctima en el proceso, se evidencia desde el inicio de la investigación, artículo 53, donde podrá presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares cuando el Fiscal encargado del caso determinare que no hay fundamento razonable para proceder a la investigación²¹⁴ o si tras la investigación concluyere que no hay fundamento razonable para el enjuiciamiento²¹⁵.
- *Artículo 79. Fondo fiduciario.* 1. Por decisión de la Asamblea de los Estados Partes se establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias. 2. La Corte podrá ordenar que las sumas y los bienes que reciba a título de multa o decomiso sean transferidos al Fondo Fiduciario. 3. El Fondo Fiduciario será administrado según los criterios que fije la Asamblea de los Estados Partes²¹⁶.

4.2.2 *Reglas de Procedimiento y Prueba y mecanismos de protección para las víctimas*

Se expidió en el año 2000, instrumento que permite la aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, catalogo que establece garantías y procedimientos para tutelar el derecho de las víctimas y, además regula toda la materia sobre pruebas, en la regla 85 determina quienes están legitimados para participar como víctimas ante la Corte tal como se cito precedentemente (Primera parte, Capítulo II, p. 42), previsión que llena el vacío sobre la materia en el Estatuto.

²¹⁴ Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional, Artículo 53 numeral 1, inciso final literal c.

²¹⁵ Id. Artículo 53 numeral 2: a) No existe una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia de conformidad con el Artículo 58. b) La causa es inadmisibile de conformidad con el Artículo 17; o c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación el presunto crimen; notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el Artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del Artículo 13.

²¹⁶ Id. Art. 79.

Regla 16. Obligaciones del Secretario en relación con las víctimas y los testigos

1. En relación con las víctimas, el Secretario será responsable del desempeño de las siguientes funciones de conformidad con el Estatuto y las presentes Reglas:

a) Enviar avisos o notificaciones a las víctimas o a sus representantes legales;

b) Ayudarles a obtener asesoramiento letrado y a organizar su representación y proporcionar a sus representantes legales apoyo, asistencia e información adecuados, incluidos los servicios que puedan ser necesarios para el desempeño directo de sus funciones, con miras a proteger sus derechos en todas las fases del procedimiento de conformidad con las reglas 89 a 91;

c) Ayudarles a participar en las distintas fases del procedimiento, de conformidad con las reglas 89 a 91;

d) Adoptar medidas que tengan en cuenta las cuestiones de género a fin de facilitar la participación de las víctimas de actos de violencia sexual en todas las fases del procedimiento.

2. Con respecto a las víctimas, los testigos y demás personas que estén en peligro por causa del testimonio dado por esos testigos, el Secretario desempeñará las siguientes funciones de conformidad con el Estatuto y las presentes Reglas:

a) Informarles de los derechos que les asisten con arreglo al Estatuto y las Reglas y de la existencia, funciones y disponibilidad de la Dependencia de Víctimas y Testigos;

b) Asegurarse de que tengan conocimiento oportuno, con sujeción a las disposiciones relativas a la confidencialidad, de las decisiones de la Corte que puedan afectar a sus intereses.

3. A los efectos del desempeño de sus funciones, el Secretario podrá llevar un registro especial de las víctimas que hayan comunicado su intención de participar en una causa determinada.

4. El Secretario podrá negociar con los Estados, en representación de la Corte, acuerdos relativos a la instalación en el territorio de un Estado de víctimas traumatizadas o amenazadas, testigos u otras personas que estén en peligro por causa del testimonio dado por esos testigos y a la prestación de servicios de apoyo a esas personas. Estos acuerdos podrán ser confidenciales.

Regla 17. Funciones de la Dependencia

1. La Dependencia de Víctimas y Testigos ejercerá sus funciones de conformidad con el párrafo 6 del artículo 43.

2. La Dependencia de Víctimas y Testigos desempeñará, entre otras, las funciones que se indican a continuación de conformidad con el Estatuto y las Reglas y, según proceda, en consulta con la Sala, el Fiscal y la defensa:

a) Con respecto a todos los testigos, las víctimas que comparezcan ante la Corte y las demás personas que estén en peligro por causa del testimonio dado por esos testigos, de conformidad con sus necesidades y circunstancias especiales:

i) Adoptará medidas adecuadas para su protección y seguridad y formulará planes a largo y corto plazo para protegerlos;

ii) Recomendará a los órganos de la Corte la adopción de medidas de protección y las comunicará además a los Estados que corresponda;

iii) Les ayudará a obtener asistencia médica, psicológica o de otra índole que sea apropiada;

iv) Pondrá a disposición de la Corte y de las partes capacitación en cuestiones de trauma, violencia sexual, seguridad y confidencialidad;

v) Recomendará, en consulta con la Fiscalía, la elaboración de un código de conducta en que se destaque el carácter fundamental de la seguridad y la confidencialidad para los investigadores de la Corte y de la defensa y para todas las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales que actúen por solicitud de la Corte, según corresponda;

vi) Cooperará con los Estados, según sea necesario, para adoptar cualesquiera de las medidas enunciadas en la presente regla;

b) Con respecto a los testigos:

i) Les asesorará sobre cómo obtener asesoramiento letrado para proteger sus derechos, en particular en relación con su testimonio;

ii) Les prestará asistencia cuando tengan que testimoniar ante la Corte;

iii) Tomarán medidas que tengan en cuenta las cuestiones de género para facilitar el testimonio de víctimas de actos de violencia sexual en todas las fases del procedimiento.

La Dependencia, en el ejercicio de sus funciones, tendrá debidamente en cuenta las necesidades especiales de los niños, las personas de edad y las personas con discapacidad. A fin de facilitar la participación y protección de los niños en calidad de testigos, podrá asignarles, según proceda y previo consentimiento de los padres o del tutor, una persona que les preste asistencia durante todas las fases del procedimiento.

Regla 18. Obligaciones de la Dependencia

La Dependencia de Víctimas y Testigos, a los efectos del desempeño eficiente y eficaz de sus funciones:

- a) Velará por que sus funcionarios salvaguarden la confidencialidad en todo momento;
- b) Reconociendo los intereses especiales de la Fiscalía, la defensa y los testigos, respetará los intereses de los testigos, incluso, en caso necesario, manteniendo una separación apropiada entre los servicios para los testigos de cargo y de descargo y actuará imparcialmente al cooperar con todas las partes y de conformidad con las órdenes y decisiones de las Salas;
- c) Pondrá asistencia administrativa y técnica a disposición de los testigos, las víctimas que comparezcan ante la Corte y las demás personas que estén en peligro por causa del testimonio dado por esos testigos en todas las fases del procedimiento y en lo sucesivo, según razonablemente corresponda;
- d) Hará que se imparta capacitación a sus funcionarios con respecto a la seguridad, la integridad y la dignidad de las víctimas y los testigos, incluidos los asuntos relacionados con la sensibilidad cultural y las cuestiones de género;
- e) Cuando corresponda, cooperará con organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales.

Regla 19. Peritos de la Dependencia

Además de los funcionarios mencionados en el párrafo 6 del artículo 43, y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 44, la Dependencia de Víctimas y Testigos podrá estar integrada, según corresponda, por personas expertas en las materias siguientes, entre otras:

- a) Protección y seguridad de testigos;
- b) Asuntos jurídicos y administrativos, incluidas cuestiones de derecho humanitario y derecho penal;

- c) Administración logística;
- d) Psicología en el proceso penal;
- e) Género y diversidad cultural;
- f) Niños, en particular niños traumatizados;
- g) Personas de edad, particularmente en relación con los traumas causados por los conflictos armados y el exilio;
- h) Personas con discapacidad;
- i) Asistencia social y asesoramiento;
- j) Atención de la salud;
- k) Interpretación y traducción.

4.3. CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO

4.3.1. *Breve relato histórico de su implementación*

Para conocer sobre la naturaleza del crimen internacional de genocidio acudiremos a sus orígenes. Acuñó el término Raphael Lemkin (1900-1959), abogado polaco de descendencia judía quien en el año de 1933 empleo ese neologismo proveniente de la combinación de las raíces griega: *genos* (raza, nación o tribu) y latina: *cide* (matanza), para definir la masacre de 1915 del Estado turco contra los armenios, correspondiendo “(...) así su formación a la de otras palabras como tiranicidio, homicidio, infanticidio, etc. Descarta otros términos, como “asesinato de masas” o “exterminio”, por no hacer referencia al móvil específico de destruir a un grupo”²¹⁷.

En la carta de Londres se acordó la implementación del Tribunal Penal Militar Internacional de Núremberg (en adelante TPMIN) para juzgar a los criminales nazis, aunque no hizo referencia expresa del crimen de genocidio, si lo relacionó tácitamente en el artículo 6 (c)²¹⁸.

²¹⁷ LEMKIN, Raphael, *Genocide as a crime und rinternational law*, en American Journal of International Law, vol. 41, no. 1, 1947, p. 146, citado por GIL GIL, Alicia, Madrid: Tecnos, 1999, p. 152.

²¹⁸ (c) *crímenes contra la humanidad*: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal

El tratamiento jurídico internacional del crimen de genocidio comenzó a perfilarse en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1946 al aprobarse la Resolución 96 (I) el 11 de diciembre cuyo preámbulo se refería a la destrucción de grupos raciales, religiosos o nacionales y hacía énfasis en las pérdidas para la humanidad en forma de aportes culturales y de otra índole. Adicionalmente, declaraba que el genocidio es una negación del derecho a la vida de grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio le niega a un individuo su derecho a la vida, otorgándole a la norma internacional categoría de *ius cogens* generando obligaciones *erga omnes* de prevención y castigo para los estados miembros.

No obstante, para atribuir el crimen de genocidio, debe tenerse en cuenta que no se requiere que la concreción del mismo consista en el exterminio integral de un grupo de los que establece la norma, basta con que el agente haya actuado con el designio de destruirlo total o parcialmente dado su carácter de delito de intención, elemento subjetivo que lo distingue de otros delitos, (*dolus specialis*), tampoco es indispensable que el ataque sea sistemático o generalizado como ocurre en otros crímenes internacionales (lesa humanidad).

Contrario a lo que se cree, el crimen de genocidio no se supedita a la exterminación de un grupo en su totalidad, sino que se entiende genocidio cuando cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2(2)(a) a 2(2)(e) es cometido con la intención específica de destruir “en todo o en parte” un grupo nacional, étnico, racial o religioso²¹⁹.

4.3.2. La Convención

Precisado el origen del término y su alcance en el derecho internacional, dedicaremos los siguientes renglones a la Convención Aprobada por la Asamblea General mediante Resolución 260 (III) del 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor el 12 de enero de 1951. Vigente para Colombia desde el 27 de enero de 1960 en virtud de la Ley 28 de 1959, instrumento universal especializado destinado a asegurar el derecho a la existencia de comunidades o grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos²²⁰.

La definición sobre el crimen de genocidio aportada por la Convención (artículo II) fue acogida en los Estatutos para el Tribunal Penal

o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.

²¹⁹ TPIR, *Fallo el Fiscal c. Juan Paul Akayesu*, 2 de septiembre de 1998, parr. 497.

²²⁰ Cfr. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. 2º.

Internacional para la ex Yugoslavia y para Ruanda; del mismo modo, reproducida en el art. 6º del Estatuto para la Corte Penal Internacional.

En Colombia, tardíamente se adoptó el tipo penal de genocidio por medio de la ley 589 de 2000²²¹, normatividad que debido al exterminio de los miembros de la Unión Patriótica (UP) a manos de paramilitares y agentes estatales²²² extendió el campo de protección a los grupos políticos, como había sido propuesta en la Resolución 96 (I) de la Naciones Unidas mencionada anteriormente.

Por ofrecer una mayor claridad sobre diferencias y semejanzas de la tipificación internacional y nacional (Ley 589 de 2000) del crimen de genocidio se bosqueja el siguiente cuadro comparativo, por último se incluyen sucintamente los elementos del crimen:

CONVENCIÓN, Art. II	Estatuto de Roma, art. 6º.	Ley 599, Art. 101
[s]e entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;	A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;	El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político, <i>por razón de su pertenencia al mismo</i>, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de cuatrocientos ochenta meses (480) a seiscientos meses (600); en multa de dos mil seiscientos sesenta y seis mil

²²¹ Ley 589 de 2000 por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura, y se dictan otras disposiciones.

²²² Corte Interamericana, Caso Manuel Cepeda Vargas contra Colombia, Sentencia del 26 de mayo de 2010, Serie C No. 213.

CONVENCIÓN, Art. II	Estatuto de Roma, art. 6º.	Ley 599, Art. 101
c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.	c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.	punto sesenta y seis (2.666, 66) a quince mil (15.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses. <i>La pena será de prisión de ciento sesenta (160) a cuatrocientos cincuenta (450) meses, la multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta tres (1.333.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos setenta (270) meses cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos:</i> 1. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo.

CONVENCIÓN, Art. II	Estatuto de Roma, art. 6º.	Ley 599, Art. 101
		2. Embarazo forzado. 3. Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. 4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo. 5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.
<i>Bien Jurídico:</i> La integridad del grupo nacional, étnico, racial o religioso.		<i>Bien Jurídico:</i> Indemnidad grupo nacional, racial, religioso <i>o</i> político.
Estructura Típica: (i)del tipo objetivo: Sujeto Activo: Indeterminado (actores estatales o no estatales), Sujeto Pasivo: grupo nacional, étnico, racial o religioso. Modalidades de comisión: Las cinco conductas constitutivas (ii)del tipo subjetivo Dolo específico: Intención de destruir total o parciamente ...		

Entre el tipo penal colombiano que reproduce en gran parte el de la Convención y el del Estatuto se entabla una relación que nos posibilita conocer las diferencias con otros delitos internacionales que igualmente han sido incorporados en el ordenamiento nacional (tortura, desplazamiento forzoso y otros).

4.3.3. *Estructura del tipo penal internacional de genocidio*

El elemento de intencionalidad como característica y requisito del crimen de genocidio es precisado en el Estatuto de la CPI en el art 30 en el que se dispone para que una persona pueda ser penada por la Corte, debe actuar:

- Con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.
- Actúa intencionalmente quien en relación con una conducta, se propone incurrir en ella; en relación con una consecuencia se dispone a causarla;
- Además de la conciencia de que la persona contra la que se atenta pertenece al grupo amparado por el tipo internacional²²³.

4.3.4. *Algunos procesos y condenas emblemáticas por genocidio*

Emblemáticos son los juicios que dieron inicio en el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia en la Haya contra el llamado ‘carnicero de Bosnia’ Ratko Mladic y el ex líder serbobosnio Radovan Karadzic, quienes deberán responder, el primero por el genocidio de unos 7500 musulmanes en Srebrenica, matanza que ha sido considerada como la peor después de la II Guerra Mundial; el segundo, por los delitos de la guerra de Bosnia (genocidio, lesa humanidad y otros cargos).

Representativos son igualmente, los juicios culminados por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1994 para sancionar a los presuntos responsables de los crímenes de genocidio y otras violaciones del derecho internacional humanitario en el período comprendido entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 1994, en el primero se encontró culpable y condenó a cadena

²²³ Estatuto de Roma, art. 30.

perpetua a Jean Kambanda en septiembre de 1998, ex primer ministro del primer gobierno provisional de Ruanda, periodo de inicio del genocidio.

En un juicio conexo, el ex alcalde del municipio ruandés de Taba, Jean Paul Akayesu el 2 de septiembre de ese mismo año fue condenado por su responsabilidad en el delito de genocidio y otros sin haber participado directamente, se tuvo en cuenta su condición de burgomaestre que le imponía tener bajo su control a la fuerza policial que ejecutó cerca de 2000 miembros de la etnia hutu, además que se tipificó la violencia sexual como actos constitutivos de genocidio, primera condena por genocidio que se constituye en hito.

4.3.5. *Precisiones terminológicas*

.- *Genocidio*, además del origen del vocablo explicado arriba, la significación según lo expresado por su autor se refiere al ataque dirigido “(...) contra el grupo nacional como entidad, y las acciones que entraña se dirigen contra los individuos, no en su capacidad individual, sino como miembros del grupo nacional. El propósito final de esos actos contra los individuos es aniquilar el grupo compuesto por los mismos”²²⁴.

.- *Grupo*, suele definirse por la doctrina internacional como un conjunto de personas unidas por rasgos comunes que les otorgan identidad frente a la sociedad²²⁵.

4.4. CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

4.4.1. *Ubicación histórica y tipificación de los crímenes de lesa humanidad*

La noción de crímenes contra la humanidad tuvo origen en el contexto del DIH en el principio *ius in bello* o derecho en la guerra, encaminando a garantizar la protección de los intervinientes y de los no intervinientes y sus derechos fundamentales.

²²⁴ Ib.

²²⁵ JAHNKE, B. *Volkermord, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Berlin, pp. 1 a 9, citado por FERNÁNDEZ PACHECO ESTRADA, Cristina. *El genocidio en el derecho penal internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 143.

En ese escenario tomó su nombre de la cláusula Martens que apareció por primera vez en el preámbulo del II Convenio de la Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

Hasta que un Código más completo de las leyes de la guerra se emita, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no incluidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho internacional, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública²²⁶.

Aparece tipificado con criterio más sistematizado, por vez primera como crimen internacional en el Estatuto del TPMIN en el principio 6(c)

Crímenes contra la humanidad: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron²²⁷.

Sucesivamente fue incorporado en los estatutos de los tribunales ad hoc para la antigua Yugoslavia²²⁸ y Ruanda²²⁹.

²²⁶ Convención con respecto a las leyes de la guerra terrestre (la Haya II), 29 de julio del año 1899.

²²⁷ TPMIN, art. 6(c).

²²⁸ *Artículo 5. Crímenes de lesa humanidad*

El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violación; h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos.

²²⁹ *Crímenes contra la humanidad.*

El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso:

a) Asesinato; b) Exterminación; c) Reducción a la servidumbre; d) Expulsión; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violaciones; h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos.

El estatuto de Roma lo hace en parecidos términos del de Ruanda en el artículo 7º: *“A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”*²³⁰.

a.1. Elementos estructurales del crimen de lesa humanidad

.- *El elemento objetivo* deviene del inciso transcrito del art. 7º del E. de R., apreciable externamente, constituido por la conducta ejecutada como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, elemento que singulariza y caracteriza a este tipo penal internacional de los otros crímenes.

Con fundamento en esta lectura es requisito que los com-portamientos sean perpetrados en el contexto de un conflicto armado, basta que sean dirigidos de manera masiva y sistemática contra la población civil.

.- *Elemento subjetivo*, el dolo se configura por el conocimiento de dicho ataque por parte del sujeto agente, este tipo subjetivo indica que sólo admite la comisión dolosa descartando la comisión imprudente.

a.2. Tipificación en Colombia

Por último, en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra tipificado como delito autónomo, solo se hace una leve referencia para restringir beneficios y para la no aplicación del principio de oportunidad en el estatuto procesal penal: *“En ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico y terrorismo”*²³¹.

a.3. Casos representativos seguidos por crímenes contra la humanidad

.- *Rudolf Hess*, condenado a cadena perpetua en Núremberg por violación a las leyes o costumbres de guerra, genocidio y crímenes de **lesa humanidad** derivadas de las decisiones como ministro del régimen nazi quien fue encontrado muerto en 1987 en la prisión a los 93 años de edad.

²³⁰ E. de R., art. 7º.

²³¹ Ley 906, art. 324-parágrafo 3º.

.- *Otto Adolf Eichmann*, teniente coronel de las SS nazi, encontrado responsable por haber tomado parte activa en la ‘solución final en el asunto judío’, capturado en 1960 en la Argentina lugar a donde había huido desde 1950, trasladado a Jerusalén donde fue enjuiciado y condenado a la horca en 1961 por haber sido hallado responsable por crímenes contra la humanidad, “(...) le condenaron por la totalidad de los delitos, quince en total, de que fue acusado (...)”²³².

.- *Klaus Barbie Altmann*, oficial de las SS como el anterior en el régimen nazi y de la Gestapo, se asiló igualmente en la Argentina peronista, finalizado ese régimen se refugió en Bolivia donde fue colaborador de las dictaduras de ese país, fue deportado a Francia donde fue condenado a cadena perpetua por crímenes contra la humanidad.

.- Deben sumarse a estas condenas, las proferidas a algunos militares del régimen argentino por crímenes de lesa humanidad en el periodo de 1976 a 1983.

4.4.2. Origen y elementos del crimen de guerra

Nace y va encontrando su desarrollo en el contexto del derecho internacional humanitario en la búsqueda de mecanismos idóneos para la protección de las personas y los bienes que no pueden ser tomados como objetivos militares en el marco de un conflicto armado, el art. 8º del E. de R. lo define: “1. *La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.* 2. *A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”: a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente...*”²³³.

b.1. Tipificación en la normatividad colombiana

En el ordenamiento jurídico nacional fue decisivo en la incorporación de los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIDH.

²³² ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén*, 6ª ed. Barcelona: Debolsillo, 2011 p. 356.

²³³ E. de R., art. 8º.

b.2. Caso Thomas Lubanga Dyilo

Es fundacional para la CPI si se tiene en cuenta que fue la primera persona acusada y el primer detenido en cumplimiento de una orden de arresto proferida por la Sala de Cuestiones Preliminares en el año 2006, por lo tanto el primer condenado desde la creación del tribunal.

El juicio dio inicio en el año 2009, los alegatos finales se realizaron ante la Sala de Primera Instancia en 2011, entregó el veredicto de culpable de cometer crímenes de guerra el 14 de marzo de 2012, la sentencia se profirió por la Sala el 10 de junio a 14 años de prisión.

4.4.3. *La Convención*

Adoptada por la Asamblea General de las N.U. en su resolución 2391 (XXIII), de 26 noviembre de 1968. Entrada en vigor el 11 de noviembre de 1970.

Es un tratado cuya importancia radica en las siguientes finalidades primordiales: la efectiva represión para la prevención de comportamientos que afectan gravemente los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y seguridad internacionales²³⁴.

5. SISTEMA REGIONAL O INTERAMERICANO (EN ADELANTE SIDH)

Opera al igual que los universales de forma subsidiaria, esto es, si la víctima ha agotado las instancias nacionales o se le ha impedido el acceso a esos tribunales.

Los sistemas de derechos humanos regionales se establecieron para reflejar los valores de cada región y ofrecer una estructura más específica que la del sistema de las Naciones Unidas, una estructura que pudiera resonar con más fuerza con la realidad local y que permitiera distintos enfoques sobre cómo imponer los estándares. A diferencia del sistema de las Naciones Unidas, tanto los sistemas de derechos humanos

²³⁴ Cfr. Preámbulo Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

interamericanos como los africanos explican con todo detalle los deberes del individuo para con la sociedad, así como sus derechos²³⁵.

En orden cronológico análogamente al método empleado para los internacionales, en el contexto interamericano tenemos:

5.1. PRINCIPALES DOCUMENTOS EN EL PLANO REGIONAL

5.1.1. *Carta de la OEA y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*

La Carta fue aprobada el 30 de abril de 1948 en Bogotá por los participantes en la Novena Conferencia Internacional Americana en la que también suscribieron la Declaración del epígrafe, constituyéndose esta en el primer instrumento internacional sobre derechos humanos, instrumento que como puede apreciarse precedió a la Declaración Universal en más de siete meses y que, funda las garantías básicas del ser humano en 28 artículos bajo una concepción proveniente de la óptica *iusnaturalista* “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana; Que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución”²³⁶.

5.1.2. *Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica*

Suscrita el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica, entró en vigor julio 18 de 1978. Aprobada para Colombia mediante Ley 16 de 1972.

A diferencia de su predecesora (la declaración) esta no solo constituye un manifiesto con vinculación moral para los estados americanos sino que los relaciona con carácter de obligatoriedad. En ese entendido, enumera los deberes de los Estados de respetar los derechos y libertades²³⁷ y

²³⁵ Child Right International Network, *¿Qué son los mecanismos de derechos humanos regionales?*, www.Crin.org/español/RM/introducción, consultado 7 de marzo 2010.

²³⁶ Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 30 abril de 1948, preámbulo.

²³⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1º.

de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos esos derechos y libertades²³⁸.

Relaciona a continuación los Derechos Civiles y Políticos: reconocimiento a la personalidad jurídica, vida, integridad personal, libertad personal, garantías judiciales, principio de legalidad y de retroactividad, derecho de indemnización, protección a la honra y de la dignidad, libertad de conciencia y de religión, libertad de pensamiento y de expresión, derecho de rectificación o respuesta, derecho de reunión, libertad de asociación, protección a la familia, derecho al nombre, derechos del niño, derecho a la nacionalidad, derecho a la propiedad privada, derecho de circulación y residencia, derechos políticos igualdad ante la ley, protección judicial.

El artículo 63 numeral 1o reza: *“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, así mismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”*.

La jurisprudencia de la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece que la reparación debe ser integral comprendiendo tanto los daños materiales como los morales.

5.1.3. *Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura*

Adoptada el 9 de noviembre de 1985 y en vigencia desde el 28 de agosto de 1991. Entrada en vigor para Colombia el 19 de febrero de 1999 en virtud de la Ley 409 de 1997.

Define los actos de tortura y los torna ilegales; especifica quienes son responsables por ese delito; en el art. 4º determina que *el hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal correspondiente*²³⁹; enumera una serie de medidas que deben adoptar los estados partes para prevenir y reprimir los actos de tortura, además *“El delito a que se hace referencia en el artículo 2 se considerará*

²³⁸ Ib., art. 2º.

²³⁹ Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, adoptada en 1985, OEA, art. 4º.

incluido entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados partes. Los Estados partes se comprometen a incluir el delito de tortura como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro”²⁴⁰.

5.1.4. *Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas*

Adoptada en Brasil, Bélem do Pará el 9 de junio de 1994, entró en vigor el 28 de marzo de 1996. Para Colombia su vigencia inicia el 12 de mayo de 2005 en virtud de la Ley 707 de 2001.

Una necesidad sentida en el hemisferio donde las dictaduras militares hicieron de la desaparición forzada su principal mecanismo para evadir las consecuencias penales; la Convención define la desaparición forzada como:

La privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes²⁴¹.

Los estados tipificarán la conducta ilegal; tomarán medidas para prevenirla; no la considerarán bajo ninguna circunstancia como delito político que impida la extradición de los criminales; la imprescriptibilidad de la pena como cláusula general; No se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tienen el derecho y el deber de no obedecerlas²⁴², los perpetradores deben ser procesados por tribunales de justicia ordinaria, nunca por justicia penal militar.

²⁴⁰ *Ibidem*, art. 13.

²⁴¹ Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada en Belem do Pará, en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General, art. II.

²⁴² *Ibidem*, art. VIII.

5.1.5. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer o “Convención de Belem do Para”.*

Aprobada el 9 de junio de 1994, entró en vigencia en marzo de 1995. Entrada en vigor para Colombia el 29 de diciembre, mediante Ley 248 de 1995.

Define la violencia contra la mujer, como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado²⁴³.

5.2. ORGANISMOS PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL HEMISFERIO

Las dos principales instituciones encargadas de la protección y promoción de los derechos humanos en el hemisferio americano son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante referida como CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte), tal como lo establece el art. 33 de la Convención, en lo que respecta al acceso y procedimiento ante estos organismos será tratado en la tercera parte de este trabajo.

5.3. SÍNTESIS DE LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS DEL SIDH.

En este listado subyacen las materias sobre las que se puede accionar ante los órganos mencionados anteriormente:

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
2. Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.
3. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
4. Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte.
5. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Para”.

²⁴³ Cfr. Mujer “Convención de Belem do Para”, Aprobada el 9 de junio de 1994.

6. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
7. Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas Discapacitadas.
8. Carta de la organización de los Estados Americanos.
9. Carta Democrática Interamericana.
10. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.
11. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas.
12. Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
13. Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
14. Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el Fondo de Asistencia Legal del SIDH.
15. Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
16. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁴⁴.

²⁴⁴ Página de la Organización Estados Americanos, “*Documentos Básicos de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*”, consultada el 18 de junio de 2012.

CAPÍTULO III

LA VÍCTIMA EN EL DERECHO COMPARADO

Conforme a la metodología empleada para adelantar este estudio, partiendo del conocimiento de que nuestro sistema jurídico penal es importado, se hace ineludible para realizar un estudio juicioso y serio referirse al derecho extranjero con el fin de establecer puntos comunes y de divergencia que nos permita asimilar lo que allí ha arrojado resultados favorables y a desestimar lo que ha sido revaluado y proscrito.

Concluiremos después de este ejercicio, que en punto a la atención de los derechos de la víctima del delito y de la violencia, nuestro sistema penal actual acogió una solución propia del sistema continental europeo e igualmente de sistemas regionales con principio acusatorio como Chile, Costa Rica, Nicaragua entre otros, generando una extraña dicotomía entre un sistema acusatorio puro o formal y otro mixto

1. SISTEMA CONTINENTAL EUROPEO

Un aspecto común que debe resaltarse de la tradición de los países que conforman este sistema denominado por diferenciación del anglosajón, continental europeo (Alemania, España, Italia, Francia y otros), es el predominio del *ius civilis* en el procedimiento de reparación a las víctimas del delito, con algunas diferencias en su ejercicio como pasaremos a observar:

1.1. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOL

El enfoque de la acción civil surgida del daño causado con el delito, nace como en nuestro caso de la visión civilista proveniente del *codex* napoleónico de 1804, de esta manera el artículo 1092 del Código Civil español que data de 1889, instaura que las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal.

De tal suerte que la responsabilidad civil nace de los delitos y de las faltas, dos aspectos de una misma responsabilidad, la denominada en esa codificación responsabilidad civil “*ex delicto*” y las costas procesales,

ambas están contenidas y reciben el tratamiento de responsabilidades pecuniarias²⁴⁵, contrastando que tienen orígenes distintos, la una nace del delito, la otra del proceso.

Estas disposiciones se trasladan a la ley procesal penal, el artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reza: “La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciaré expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables”²⁴⁶.

Prescribe tal ordenamiento en el artículo 107 la renuncia de la acción civil que perjudicará exclusivamente al renunciante²⁴⁷.

El artículo 111. Las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente; pero mientras estuviera pendiente la acción penal no se ejercitara la acción civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme...

Es notorio el lineamiento del ordenamiento procesal penal ibérico acerca del tema donde prevalece la voluntad estatal sobre la misma autonomía de la voluntad particular o acción privada, claro rezago de un derecho influido del código napoleónico.

²⁴⁵ Código Penal Español de 1995: Artículo 125.- Cuando los bienes del responsable civil no sean bastantes para satisfacer de una vez todas las responsabilidades pecuniarias, el Juez o tribunal, previa audiencia del perjudicado, podrá fraccionar su pago, señalando, según su prudente arbitrio y en atención a las necesidades del perjudicado y a las posibilidades económicas del responsable, el período e importe de los plazos.

Artículo 126. 1. *Los pagos que se efectúen por el penado o el responsable civil o subsidiario se imputarán del siguiente modo:*

1o A la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios,

2o A la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieran satisfecho por su cuenta a la causa.

3o A las costas del acusador particular o privado cuando se impusieran en la sentencia su pago.

4o A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados.

5o A la multa.

2. *Cuando el delito hubiere sido de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia a la indemnización del Estado.*

²⁴⁶ Ley de enjuiciamiento criminal, septiembre de 2000.

²⁴⁷ No obstante el Artículo 109.2 del Código Penal de forma complementaria dispone: “el perjudicado podrá optar en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil.

Accesorio a la acción penal ese “sistema procesal admite y en alguna medida potencia el ejercicio de la acción civil para la declaración y ejercicio de las obligaciones civiles nacidas del acto punible”²⁴⁸.

El Ministerio Fiscal es el accionante tanto en lo penal como en lo civil, salvo que expresamente la víctima haya renunciado a su derecho o manifieste que pretende ejercitarlo en un ulterior proceso civil (artículo 112), en cuyo caso la actuación del ministerio fiscal se limitará a la depuración de las responsabilidades penales (Artículo 108).

El ofendido con el delito, tiene la calidad de parte en el proceso penal, así, en tal procedimiento se concede oportunidad para el ejercicio de la acción civil, a los actores civiles (el Ministerio Fiscal y al Acusador Particular y al acusador privado) y al actor civil en el proceso penal²⁴⁹.

Comparativamente, el código civilista español al igual que el colombiano traza el lineamiento de la acción civil dentro del proceso penal, el artículo “1092 lleva al Derecho Penal la responsabilidad civil derivada del delito, cuya finalidad es reparar los perjuicios causados por éste en la esfera privada. Por eso ha de definirse el Derecho Penal como el conjunto de normas estatales referentes a los delitos y a las penas y otras medidas preventivas o reparadoras que son su consecuencia”²⁵⁰.

De este contexto merece mención especial, el aspecto contemplado en el artículo 111 transcrito, porque sólo una vez haya cobrado ejecutoria la sentencia podrá el perjudicado adelantar su pretensión ante la jurisdicción civil.

²⁴⁸ ARMENTA Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*; Madrid- España: Edit. Marcial Pons, 2004; p. 112.

²⁴⁹ MORENO CATENA, Manuel. *Derecho Procesal Penal*, p. 125 **El acusador particular y el acusador privado**. el ofendido o perjudicado con el delito puede intervenir en el proceso penal como acusador, ejercitando la acción penal. Como la ley autoriza –y promueve– la acumulación de las consecuencias. patrimoniales de los hechos delictivos en el propio proceso penal, resulta en buena lógica legitimado para demandar también la reparación el titular del bien jurídico lesionado.

El art. 110 LECRIM les legitima para el ejercicio de ambas acciones, cuando dispone que “los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho, podrán mostrarse parte en la causa, si lo hicieren antes del trámite de calificación del delito, y ejercitar las acciones penales que procedan, o solamente unas u otras, según le conviniere.

El llamado “actor civil” en el proceso penal. A la parte procesal, titular de la pretensión de reparación, que ejercita únicamente la acción civil, refiere el legislador exclusivamente la denominación de actor civil, aunque las normas que rigen su actuación procesal son aplicables tanto al MF como al perjudicado que ejercite también la acción penal.

La condición de actor civil se adquiere a través de una declaración de voluntad expresa realizada tras el “ofrecimiento de acciones”.

²⁵⁰ RODRIGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal Español, Parte General*. Madrid-España: Dykinson, 1995, p. 10.

De manera similar a lo que acontecía en nuestro sistema procesal de 1938 (analizado en capítulo anterior), el ejercicio de la acción civil en ese país tiene carácter eventual, “por cuanto el tribunal penal sólo se pronunciará sobre la acción civil en el caso de que la sentencia sea condenatoria”²⁵¹.

El acusador privado (Constitución española art. 125) sin ninguna exigencia adicional a la de ser ciudadano, se encuentra legitimado para el ejercicio de la acción penal como parte acusadora enteramente autónoma, con similares posibilidades y derechos que el acusador público.

Garantista también es la medida que posibilita a la víctima para intervenir en el proceso sin necesidad de querella.

El Ministerio Fiscal asume la legitimación por sustitución de la víctima en el proceso cuando ésta carezca de recursos, tiene también el deber de velar por el derecho de las víctimas, por esto en algunas oportunidades lleva conjuntamente la acción penal y civil.

El órgano judicial debe comunicar a la víctima cualquier circunstancia del proceso, permitiéndole la actuación, especialmente la finalización del mismo.

1.2. ORDENANZA PROCESAL PENAL ALEMANA

Encontramos los siguientes mecanismos procesales para materializar el derecho de las víctimas:

La acción privada, acción adhesiva, el procedimiento por anexión y el procedimiento de provocación de la acción como las formas más recurridas para acceder el ofendido al proceso penal.

- La Acción Privada, delitos a instancia de parte con delitos de calumnia, injuria, derechos de autor, entre otros.
- La Acción Adhesiva, se presenta en los delitos de acción pública, cuya persecución se encuentra en manos del ministerio público, donde le son otorgados al ofendido ciertos derechos de cooperación, como acusador adicional en los delitos de lesiones, tentativa de homicidio, agresiones sexuales, etc.

De otro lado, faculta la intervención de los perjudicados en el delito de homicidio.

- También faculta a quien haya instado la acusación pública a un procedimiento de provocación de la acción penal.

²⁵¹ ARMENTA, Teresa, *op. cit.*

El procedimiento de provocación de la acción, generalmente tiene lugar cuando al ofendido se le ha cerrado la vía de la acción privada mediante la clausura de un procedimiento ya iniciado o basado en el principio de legalidad no inicia la acción por la no existencia de sustento que permita inferir la existencia de un hecho ilícito.

1.2.1. Participación del ofendido:

En cuanto al trámite para el ejercicio de la acción penal, rasgo coincidente con la española, es la existencia de un procedimiento de acción privada para los delitos menos graves con la consecuencia de que la iniciación y tramitación estén a su cargo.

Esto no excluye totalmente al ministerio público, éste puede en determinados eventos incoar la acción penal pública desde un primer momento, p. e.: injuria dirigida a un número amplio de personas, o por motivos racistas, como tomar en sus manos un procedimiento de acción privada ya iniciado, quedándole al ofendido la posibilidad de intervenir como querellante adhesivo.

1.2.2. Reparación del ofendido:

Se establece en la ordenanza para derechos patrimoniales, limitándose su derecho a participar en el debate (delitos contra el patrimonio, lesiones corporales o delitos contra el honor).

Alcanza mayor trascendencia la indemnización del ofendido por medios estatales, se trata de una vía mediante la “Ley sobre la Indemnización de Víctimas de Delitos Violentos” de 1976, que consiste en un seguro social para aquél que haya sufrido graves daños para su salud o capacidad laboral por un hecho violento y no pueda obtenerla por otra vía, por ello la indemnización es prestada por el Estado.

1.2.3. Cuando no asume el rol de actor privado o querellante adhesivo, tiene como facultades

- El derecho de examinar las actuaciones en cuanto no se opongan a ello intereses preponderantes del imputado o de un tercero.
- El derecho a contar con asistencia jurídica.
- A ser informado acerca del resultado del procedimiento.

- Una mayor protección frente a una exposición pública, exclusión del público durante la declaración testimonial del ofendido.

1.3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ITALIANO

A través de la *azione civile* el agraviado interviene en el proceso inicialmente para coadyuvar en el ejercicio de la acción penal, pero su interés particular se afianza en el resarcimiento de los daños o lesiones sufridos con el delito.

Aspecto resaltable constituye la posibilidad de la constitución de parte civil dentro del proceso penal desde la misma audiencia preliminar, art. 79.

Se encuentran legitimados para incoarla el sujeto pasivo del reato o sus herederos universales con fundamento en el artículo 74 del código citado, alternativamente puede transferirse de la jurisdicción civil al proceso penal cuando no se hubiere pronunciado sentencia de mérito en el proceso civil²⁵².

El Estado ofrece indemnización por a las víctimas de determinados delitos como el terrorismo, igualmente brinda a estas víctimas y sus familiares asistencia psicológica;

El estado facilita la asistencia jurídica cuando la víctima carece de recursos para presentar la demanda, solamente ésta incurrirá en los gastos de tramitación.

Potestades de la parte civil en el proceso penal italiano, común a todas las legislaciones modernas:

- Derecho a ser informado, que se traduce a las notificaciones y medidas cautelares
- Intervención a través de su procurador judicial quien puede actuar en la audiencia preliminar. Igualmente, aportar pruebas
- Derecho a Interrogar

2. SISTEMA NORTEAMERICANO

2.1. ESTADOS UNIDOS

Dado su sistema jurídico, donde inicialmente se puede apreciar la coexistencia de dos modelos que se ocupan de la asistencia de la víctima,

²⁵² Cfr. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ITALIANO, art. 75.

uno del orden federal y otro estatal, abordaremos el análisis desde una perspectiva federal.

Desde este punto de vista, se reconoce plenamente la existencia de dos paradigmas que se encuentran indisolublemente unidos: víctima y victimario.

Los mecanismos más recurridos para la reparación de la víctima son: La compensación y la restitución. En aquella la víctima de delitos violentos recibe la indemnización por parte del Gobierno directamente, en ésta, del victimario.

Las formas de obtener esa reparación dependiendo del estado, son: ***seguros, proceso penal y proceso civil.***

Con el fin de ahondar en el compendio de medidas adoptadas en el sistema norteamericano en pro del derecho de las víctimas traducimos algunos apartes del texto “Derechos de las víctimas del delito”²⁵³:

Históricamente, el sistema de justicia criminal americano está inspirado originariamente del sistema judicial inglés. En los Estados Unidos, la comisión de un crimen es considerada contra el estado – en otras palabras, contra la sociedad en su conjunto. Un especial infortunado resultado... es que las víctimas han sido tratadas como evidencia contra el acusado, usualmente incluida solo como un testigo del crimen cometido contra ellas. ..., Desde que el crimen ha sido considerado como cometido contra el estado, y es tarea del estado la persecución, las víctimas no son reconocidas como parte en el caso. En años recientes, el movimiento victimológico ha restablecido un lugar para la víctima en el proceso criminal de justicia americano... es importante que el movimiento de la víctima ha incrementado los derechos de las víctimas, no para eliminar o reducir los derechos de la defensa criminal.

Durante las pasadas dos décadas, todos los estados han expedido derechos para víctimas de crímenes. Cada Estado tiene una “Carta de derechos de la víctima”.

...Derecho de las víctimas incluyen:

- . El derecho de notificación de las decisiones, procedimientos en los procesos criminales.
- . El derecho a atender y/o participar en procedimientos de justicia criminal.
- . El derecho a notificación de todas las salidas legales.

²⁵³ Rights of Crime Victims.

- . El derecho a protección de intimidación y hostigamientos.
- . El derecho a la privacidad, incluyendo confidencialidad de registros.
- . Derecho a rápidas medidas procesales.
- . El derecho a conferenciar o discutir el caso con el fiscal.
- . Compensación y restitución a la víctima”²⁵⁴.

- ¿Quién puede ejercitar el derecho de las víctimas?

Exactamente quien es una “víctima” habilita un particular derecho de estatuir un derecho constitucional de cada estado. En muchos casos, depende de la gravedad del crimen, en algunos estados, derechos básicos son proveídos sólo para víctimas de reatos, mientras en otros estados, víctimas de cualquier crimen violento, felonía o crimen de menor cuantía... En un número de estados, los derechos han sido extendidos hasta incluir víctimas de agresores juveniles.

- Derecho a notificación acerca del Proceso de Justicia Criminal y otras Salidas

La mayor parte de los estados otorgan a la víctima o sus familiares el derecho a ser notificado, del procedimiento y resultados de esos procedimientos. También notifican a la víctima cuando la audiencia ha sido cancelada y reprogramada. ... o presentar a la víctima un informe para que demande al ofensor por los daños en el sistema de justicia civil, a obtener una orden de la Corte que los proteja del agresor y/o de la familia del agresor y asociados, y a cobrar recompensa por su testimonio, entre otros. El testimonio a ser informado es crucial, porque sin información de sus derechos,... las víctimas no podrían tener la oportunidad de ejercitar los derechos. ...

- Derecho a asistir y participar en el Procedimiento de Justicia Criminal

Usualmente, el derecho de las víctimas a asistir a los procesos incluye el derecho a asistir al juicio, sentencia, y a la audiencia oral. También, las víctimas tienen el derecho de hacer una declaración oral o escrita, o audiencia oral, concerniente al impacto que el crimen ha tenido en sus vidas.

²⁵⁴ by KILPATRICK, Dean and BEATTY, David and HOWLEY, Susan Smith. *The rights of Crime Victims – Does Legal Protection Make a Difference?* U:S Department of Justice- Office of Justice Programs, National Institute Of Justice, December, 1998.

- Protección a Intimidación y Hostigamiento

(...) Algunos ejemplos de esta protección incluyen:

. Escoltas policiales...

. Áreas de seguridad separadas del acusado y su familia, testigos y amigos durante el procedimiento de la Corte.

. Traslado de residencia, y

. Negación de fianza....

Derecho a ser informada de la libertad o fuga del agresor.

...

En una vasta mayoría de estados, las víctimas son enteradas si el ofensor escapa del confinamiento; sin embargo, menos de la mitad de esos estados demandan que la víctima sea informada cuando el ofensor es recapturado.

- Compensación y Restitución a la víctima.

Cada estado tiene un programa de compensación, que está designado para proveer asistencia a las víctimas y, en algunos casos, a miembros de la familia y otras personas elegibles. Usualmente, debe estar sufriendo detrimento físico u otros daños tangibles, y la pérdida financiera sufrida por el perjuicio físico debe exceder una cantidad mínima de dólares.

Adicional a la compensación, las víctimas tienen el derecho a la restitución, o pago por el ofensor convicto por el daño causado con el crimen, La Corte generalmente ordena la restitución al momento de la sentencia”²⁵⁵.

Otra traducción necesaria debido a su importancia y por ser complementaria del texto anterior, se realizó al estudio del Instituto Nacional de Justicia del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (Oficina de programas de Justicia), “Los Derechos de Las Víctimas del Crimen”²⁵⁶.

La Fuerza sobre Víctimas de crímenes de la presidencia concluyó en 1982 un Reporte Final, que fue un balance serio entre derechos del delincuente y los derechos de la víctima del crimen.

²⁵⁵ Rights of Crime Victims (Article).

²⁵⁶ KILPATRICK Dean; BEATTY David and HOWLEY Susan Smith. *The Rights of Crime Victims – Does Legal Protection Make a Difference?* U: S Department of Justice-Office of justice program, National Institute Of Justice, December, 1998.

(...) “Tempranamente en los 90, cada estado había establecido un estatuto de derechos de las víctimas y muchos habían adoptado enmiendas constitucionales de derechos de protección a las víctimas. Hoy, todos los 50 estados han establecido alguna forma de estatuto de víctimas de crimen y 29 han enmendado su constitución para incluir derechos para víctimas del crimen. A nivel Federal, Ley de Derechos y Protección de víctimas de 1990, y muchos subsecuentes estatutos dieron a las víctimas de crimen Federal muchos de los derechos acordes con el nivel de Estado”.

(...)

Quizás el más fundamental derecho de una víctima del crimen es el derecho a permanecer informada por el sistema de justicia criminal²⁵⁷.

Sintetizando acerca del sistema de protección y compensación a las víctimas, norteamericano, resaltamos que el proceso penal caracterizado por realizarse entre contendores por medio de estas políticas públicas prevé medios eficaces de amparo para los derechos de la víctima.

El sistema acusatorio formal excluye a la víctima, motivo por el cual se ha promovido mediante campañas una enmienda constitucional que les permita hacerse parte en el proceso en el entendido que no se compromete el derecho de los perpetradores, sino que se permitiría dar un tratamiento igual a los afectados con el delito, tal como reveló el Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

2.2. CANADÁ

Víctima de delitos en la Columbia Británica

Ley vigente desde el 3 de agosto de 2011, regula el tema de los derechos y garantías de las víctima de cualquier delito, imponiendo a las autoridades el deber de suministrarles un trato basado en la cortesía y respeto, además, de consolidar un programa para la compensación de las víctimas de un acto criminal conforme a la Ley de Compensación (*Criminal Injury Compensation Act*).

El primer derecho es el de recibir información sobre los servicios que están a su disposición en calidad de víctima, sobre cómo funciona el

²⁵⁷ KILPATRICK Dean; BEATTY David and HOWLEY Susan Smith. *The Rights of Crime Victims – Does Legal Protection Make a Difference?* U:S Department of Justice-Office of justice program, National Institute Of Justice, December, 1998.

sistema penal; la investigación policial y el caso ante los tribunales, la sentencia en contra del delincuente

La Ley además define las siguientes categorías jurídicas:

“Delito” se entenderá, como una contravención, que dañó a la víctima...²⁵⁸

“Delincuente” se refiere a una persona declarada culpable de un delito; *“Víctima”* significa una persona que sufre, en relación con un delito, (A) lesiones físicas o mentales o pérdidas económicas como resultado de un acto u omisión que constituye la base de la infracción, o (B) el trauma emocional importante y es una persona contra la que se perpetró el delito o, con respecto a una persona contra la que se perpetró el delito es un cónyuge, hermano, hijo o padre de la persona, pero no incluye una persona que aparece en la definición de “personal del sistema de justicia” en relación con un delito al que la persona responde en el cumplimiento de su deber; *Servicio de la víctima*”, un servicio que está diseñado para ayudar a las víctimas y se proporciona o financia por el gobierno. *Sobre el Derecho a la cortesía y respeto:*

2. Todo el personal del sistema de justicia debe tratar a una víctima con cortesía y respeto y no debe discriminar a una víctima sobre la base de raza, color, ascendencia, lugar de origen, religión, estado civil, estado familiar, discapacidad física o mental, género, orientación sexual orientación, opinión política o de edad. *La representación legal de las víctimas:*

3. A petición de la víctima, el Fiscal General debe tomar las medidas razonables para asegurarse de que la víctima cuenta con el asesoramiento y la representación por un abogado si:

(A) de la víctima requiere la representación independiente de la de los fiscales en respuesta a una solicitud de divulgación de la información, no en la posesión de la policía o un abogado de la Corona, en relación con la historia personal de la víctima, y

(B) la víctima de otro modo no recibirían esta representación debido a la falta de recursos financieros.

Presentación de la percepción de la víctima de los efectos de la infracción

4 Los fiscales deben asegurarse de que la víctima se le da una oportunidad razonable de tener elementos de prueba admisibles en

²⁵⁸ Traducción del autor.

cuanto al impacto de la infracción, según la percepción de la víctima, presentó a la corte antes de la sentencia se impone por el delito.
La información debe ser ofrecida

5 personal del sistema de justicia debe ofrecer una información general a la víctima (acerca de)

- (A) la estructura y el funcionamiento del sistema de justicia,
- (B) servicios a las víctimas,
- (C) la libertad de información y protección de la Ley de Privacidad,
- (D) de la Ley de Asistencia para Víctimas del Crimen, y
- (E) la presente ley.

La información que debe darse a solicitud

6 (1) Con sujeción a la Ley de Justicia Penal Juvenil (Canadá) y en la medida en que ello no perjudicar una investigación o enjuiciamiento por un delito, el personal del sistema de justicia debe disponer, previa solicitud, a una víctima para obtener información sobre los siguientes asuntos relacionados con la el delito:

- (A) el estado de la investigación policial;
- (B) los cargos específicos con los que se impute al acusado o para los que el condenado está;
- (C) las razones por las cuales se hizo una decisión relativa a los cargos;
- (D) el nombre del acusado;
- (E) la fecha, lugar y motivos de cada comparecencia ante el tribunal que pueda afectar a la disposición final, condena o su condición bajo fianza del acusado;
- (F) el resultado de cada comparecencia ante el tribunal que pueda afectar a la disposición final, condena o su condición bajo fianza del acusado;
- (G) la duración de la pena que el delincuente está cumpliendo y la fecha en que la sentencia se inició;
- (H) los medios para la víctima a denunciar las violaciones de los términos de la supervisión por parte del delincuente en libertad bajo control;
- (I) los medios para ponerse en contacto con los organismos que pueden conceder o modificar las condiciones de la libertad condicional o autorizar la puesta en libertad del delincuente;

(J) de la elegibilidad y la revisión de las fechas que corresponda al autor y cómo hacer valer sus intereses en cualquier procedimiento que pueda conducir a un cambio en el estado de la custodia o las condiciones de liberación del delincuente.
(2) Con sujeción a la Ley de Justicia Penal Juvenil (Canadá), el personal del sistema de justicia debe disponer, previa solicitud, para que una víctima pueda obtener copias de las órdenes y permisos de establecimiento de condiciones para el acusado o el delincuente que son relevantes para la seguridad de la víctima.

La información que se da en circunstancias apropiadas

7 (1) El ministro encargado de la administración de la Ley de Corrección o el designado del ministro debe dar la siguiente información relativa a la infracción a una víctima en la solicitud si, a juicio de la persona que da la información, los intereses de la víctima prevalecen sobre el interés de privacidad del acusado o el delincuente en las circunstancias:
(A) si el ofensor está bajo custodia, el nombre y la dirección de la institución en la que la sentencia se está cumpliendo;
(B) si el acusado o el agresor se encuentra detenido y será puesto en libertad, la fecha de la liberación, la duración de la liberación y los términos de la supervisión durante el que dure la liberación;
(C) si el acusado o el delincuente es puesto en libertad bajo supervisión y los términos de la supervisión deben cambiar, la naturaleza del cambio y la fecha en que el cambio comienza;
(D) si el infractor esta o va a estar en libertad condicional, el área de la Columbia Británica, donde el delincuente puede estar y si el delincuente se encuentre en las proximidades de la víctima, mientras que viaja a la zona. (...)

Objetivos

8 En la medida que sea posible, el gobierno debe promover los objetivos siguientes:

- (A) para desarrollar servicios para las víctimas y promover la igualdad de acceso a servicios a las víctimas en todos los lugares por toda la provincia;
- (B) protección adecuada para que las víctimas estén protegidas contra intimidaciones y represalias;
- (C) devolución de la propiedad obtenidas por los delincuentes en el curso de los delitos con prontitud a las víctimas por parte de la policía, si la retención no es necesario para fines de investigación o enjuiciamiento;

(D) contar con personal del sistema de justicia capacitados para responder adecuadamente a las víctimas;

(E) para dar el reconocimiento apropiado a las necesidades de las víctimas para la oportuna investigación y persecución de los delitos;

(F) disponer de instalaciones en los juzgados para las víctimas ... por separado de los acusados y los testigos de los acusados;

(G) para dar a las víctimas en British Columbia, el acceso igual a (i) tribunales y fiscalías que están diseñados para ser utilizados por personas con discapacidades físicas, (ii) los intérpretes para los hablantes de cualquier idioma, y (iii) servicios con sensibilidad cultural para las personas aborígenes y miembros de minorías etnoculturales. (...)

Víctima Cargos a la Cuenta Especial

(...)

(3) La cuenta especial consiste

(A) los pagos realizados por el Fiscal General en virtud del inciso (2),

(C) personas que hacen donaciones a la cuenta especial, (E) los intereses y otros ingresos de la cuenta especial.

(6) La cuenta especial no debe ser usado para proporcionar una compensación directa a las víctimas individuales.

Informe anual

13 El informe anual con arreglo al artículo 6 de la Ley del Ministerio Público deberá incluir un informe sobre la administración de esta ley.

(...)

Los empleadores no deben penalizar a:

14 Un empleador no puede despedir, suspender, intimidar, coaccionar, imponer una sanción pecuniaria o de otro tipo o de otra manera discriminar contra un empleado porque esa persona se ausente del trabajo

(A) a comparecer ante el tribunal como testigo en un procedimiento respecto a un delito (...)²⁵⁹.

²⁵⁹ Criminal Injury Compensation Act.

3. EN SUR AMÉRICA:

3.1. CHILE²⁶⁰

Código Procesal Penal promulgado en el año 2000, en el que concurren en la conformación de la acción penal, el procedimiento que permite la persecución penal pública con el que se viabiliza la acción privada.

Es justamente desde esa clasificación de la acción penal en pública y privada, que se le brinda a la víctima la oportunidad de recurrir a otros mecanismos en la búsqueda de la solución del conflicto provocado con el delito.

La acción privada permite su ejercicio sólo a instancia de la víctima y se extingue por renuncia de la misma.

Consecuencia lógica del ejercicio de cotejar disposiciones legales, es la de resaltar sus similitudes y diferencias para detectar aspectos plausibles, desde esa mirada el sistema jurídico chileno se aprecia garantista al establecer las reglas procedimentales tanto para el ofensor como para

²⁶⁰ *Código Procesal Penal de Chile. Artículo 108. Concepto.* Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito.

En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima:

- a) al cónyuge y a los hijos;
- b) a los ascendientes;
- c) al conviviente;
- d) a los hermanos, y
- e) al adoptado o adoptante.

Para los efectos de su intervención en el procedimiento, la enumeración precedente constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes.

Artículo 109. Derechos de la víctima. La víctima podrá intervenir en el procedimiento penal conforme a lo establecido en este Código, y tendrá, entre otros, los siguientes derechos:

- a) Solicitar medida de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia;
- b) Presentar querrela;
- c) Ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que éste pidiere o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada;
- d) Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa, y
- e) Impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.

la víctima, la colombiana no resulta equitativa en cuanto a las garantías procedimentales debidas a la víctima.

Estas diferencias se revelan de la comparación de institutos de una y otra codificación, el artículo 79 de la Ley 906 de 2004 colombiana, previó el archivo de las diligencias cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal; en Chile el artículo 167 equivalente prescribió: “Archivo provisional. En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el ministerio público podrá archivar provisionalmente aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades al esclarecimiento de los hechos”.

La víctima podrá solicitar al ministerio público la reapertura del procedimiento y la realización de las diligencias de investigación. Así mismo, podrá reclamar de la denegación de dicha solicitud ante las autoridades del Ministerio Público.

Se aprecia de la comparación de los institutos en estudio, el mayor amparo que goza la víctima en el país meridional, en contraste con la disposición nacional que frustra de entrada a la víctima su derecho fundamental de acceso a la justicia.

Pero, además, el estatuto chileno en comento previó en el artículo 169.- Control judicial. En los casos contemplados en los dos artículos anteriores, la víctima podrá provocar la intervención de juez de garantía deduciendo la querella respectiva.

Si el juez admitiere a tramitación la querella, el fiscal deberá seguir adelante la investigación conforme a las reglas generales.

Otro aspecto que hace discordante una y otra legislaciones, tiene que ver con la actuación, en Chile a pesar de regir un sistema de tendencia acusatoria el afectado puede presentar demanda civil²⁶¹.

²⁶¹ Artículo 261.- *Actuación del querellante*. Hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, el querellante, por escrito, podrá:

- a) Adherir a la acusación del ministerio público o acusar particularmente. En este segundo caso podrá plantear una distinta calificación de los hechos, otras formas de participación del acusado, solicitar otra pena, o ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a hechos o imputados distintos, siempre que hubieran sido objeto de la formalización de la investigación,
- b) Señalar los vicios formales de que adoleciere el escrito de acusación, requiriendo su corrección.

Acotación que cobra relevante importancia por cuanto en un sistema procesal penal con principio acusatorio, atendiendo más a su realidad económica, política y social que al jurídico, adecuó el tratamiento de las víctimas permitiéndosele intervenir como parte civil.

3.2. ARGENTINA

2.1. En este ejercicio de comparación de reglas, tomaremos inicialmente lo determinado en el código penal de la nación argentina, estatuto de 1984 que contempla tal como lo recomienda la Declaración de las Naciones Unidas 1985 un concepto extensivo de la víctima a efectos de reclamar y lograr el restablecimiento, con arreglo a un tratamiento preferencial que desplaza en el orden de prelación los compromisos adquiridos por el sujeto activo del delito después de la comisión, en el Título IV sobre *Reparación de Perjuicios*:

Artículo 29. La sentencia condenatoria podrá ordenar:

1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias.
2. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba.
3. El pago de las costas.

(*Artículo sustituido por art. 27 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999.*)

c) Ofrecer la prueba que estimare necesaria para sustentar su acusación, lo que deberá hacerse en los mismos términos previstos en el Artículo 259, y

d) Deducir demanda civil, cuando procediere,

Artículo 324.- *Prueba de las acciones civiles*.- La prueba de las acciones civiles en el procedimiento criminal se sujetara a las normas civiles en cuanto a la determinación de la parte que debiere probar y a las disposiciones de este Código en cuanto a su procedencia, oportunidad, forma de rendirla y apreciación de su fuerza probatoria.

Artículo 325.- *Apertura del juicio oral*. El día y hora fijados el tribunal se constituirá con la asistencia del fiscal, del acusado de su defensor y de los demás intervinientes.

(...)

Seguidamente concederá la palabra al fiscal, para que exponga su acusación y al querellante para que sostenga la acusación, así como la demanda civil si la hubiere interpuesto.

Artículo 349.- *Pronunciamiento de la demanda civil*. Tanto en el caso de la absolución como el de condena deberá el tribunal pronunciarse acerca de la demanda civil válidamente interpuesta

Artículo 30. La obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito, a la ejecución de la pena de decomiso del producto o el provecho del delito y al pago de la multa. Si los bienes del condenado no fueren suficientes para cubrir todas sus responsabilidades pecuniarias, éstas se satisfarán en el orden siguiente:

1. La indemnización de los daños y perjuicios.
2. El resarcimiento de los gastos del juicio.
3. El decomiso del producto o el provecho del delito.
4. El pago de la multa.

(Artículo sustituido por art. 28 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999.)

Artículo 31. La obligación de reparar el daño es solidaria entre todos los responsables del delito.

Artículo 32. El que por título lucrativo participare de los efectos de un delito, estará obligado a la reparación hasta la cuantía en que hubiere participado.

Artículo 33. En caso de insolvencia total o parcial, se observarán las reglas siguientes:

1º. Tratándose de condenados a reclusión o prisión, la reparación se hará en la forma determinada en el artículo 11;

2º. Tratándose de condenados a otras penas, el tribunal señalará la parte de sus entradas o emolumentos que deban depositar²⁶².

2.2. Código Procesal Penal de la Nación Argentina promulgado en 1991.

Análogamente a como lo hicieran nuestras legislaciones procesales penales anteriores, la argentina clasifica en un título, dos capítulos las acciones que provienen del delito: Acción penal y la acción civil.

La acción penal engloba la acción pública y la acción dependiente de instancia privada.

La civil, por su parte, establece la constitución de parte civil en el marco del proceso penal o por fuera de éste y determina para su ejercicio:

Art. 14. - La acción civil para la restitución de la cosa obtenida por medio del delito y la pretensión resarcitoria civil podrá ser ejercida

²⁶² Código Penal de la Nación Argentina de 1984.

sólo por el titular de aquélla, o por sus herederos en relación a su cuota hereditaria, representantes legales o mandatarios, contra los partícipes del delito y, en su caso, contra el civilmente responsable, ante el mismo tribunal en que se promovió la acción penal.

Casos en que la Nación sea damnificada

Art. 15. - La acción civil será ejercida por los representantes del Cuerpo de Abogados del Estado cuando el Estado nacional resulte perjudicado por el delito.

Oportunidad

Art. 16. - La acción civil sólo podrá ser ejercida en el proceso mientras esté pendiente la acción penal.

La absolución del procesado no impedirá al tribunal penal pronunciarse sobre la acción civil, en la sentencia.

Ejercicio posterior

Art. 17. - Si la acción penal no puede proseguir en virtud de causa legal, la acción civil podrá ser ejercida en sede civil²⁶³.

3. Código Orgánico Procesal Penal Venezolano 2012.

Derogo lo dispuesto en el código y reformas antecedentes, en relación a la víctima, sus avances podemos sintetizarlos en los siguientes aspectos:

- Prohibición aplicación principio de oportunidad para los delitos que causen un mayor daño social, delitos de corrupción, libertad, integridad e indemnidad sexual de niñas y niños.
- El ministerio Público puede representar a la víctima cuando este le delegue o no se encuentre presente.

4. Ley procesal penal peruana (Decreto legislativo No. 957 en vigor desde el 29 de julio de 2004)

En el Perú coexisten tres cuerpos normativos sobre procedimiento penal: el de 1940, el de 1991 que realmente sólo tiene vigencia en la disposición de la aplicación inmediata de ciertos artículos y el de 2004

²⁶³ Código Procesal Penal de la Nación Argentina promulgado en 1991.

que se constituye en el nuevo modelo de orientación acusatoria que entró a regir gradualmente en los diferentes departamentos.

Como medida contra la corrupción se aceleró la entrada en vigencia en todo el territorio peruano del nuevo sistema procesal penal para combatir esa conducta solamente, para las demás se hará gradualmente como estaba dispuesto originariamente.

El nuevo código otorga la competencia de la acción civil al Ministerio Público²⁶⁴ y, especialmente al perjudicado por el delito, es alternativo en cuanto puede realizarlo en sede del proceso penal o ante la jurisdicción civil

4. EN CENTROAMÉRICA

4.1. ACCIÓN CIVIL EN LA LEY SALVADOREÑA

El estatuto que entró en vigencia en 1998 consagra un sistema mixto con tendencia acusatoria, en el que la acción civil se ejerce por regla general dentro del proceso penal sin perjuicio de que pueda intentarse en los tribunales civiles o mercantiles, como aspecto distintivo es el ejercicio que hace de ella el fiscal en la respectiva acusación

Tendencia extendida en los países centroamericanos la de facultar para ejercer la acción penal a los particulares en determinados eventos²⁶⁵ en los cuales sólo se procederá por acusación de la víctima, conforme a un procedimiento especial:

Art. 17.- La acción penal se ejercitará de los siguientes modos:

- 1) Acción pública.
- 2) Acción pública, previa instancia particular.
- 3) ***Acción privada***

²⁶⁴ Código Procesal Penal del Perú (Decreto Legislativo 957), art. 11.

²⁶⁵ Código Procesal Penal del Salvador.

Acción privada

Art. 28.- Serán perseguibles sólo por acción privada los delitos siguientes:

- 1) Los relativos al honor y a la intimidad, excepto los delitos de allanamiento de morada y de lugar de trabajo o establecimiento abierto al público.
- 2) Hurto impropio.
- 3) Competencia desleal y desviación fraudulenta de clientela.
- 4) Los relativos a las insolvencias punibles.

Se instituyó como una garantía relevante para la víctima la figura jurídica de la conversión conforme a la cual las acciones públicas serán transformadas en acciones privadas a petición de la víctima en los casos siguientes (art. 29):

- 1) Cuando el fiscal decida archivar la investigación, en el supuesto en que estando individualizado el presunto responsable, no existan suficientes elementos de prueba para acusarlo.
- 2) Cuando se trate de un delito que requiera instancia particular.
- 3) En cualquier delito relativo al patrimonio, salvo en los casos de robo, robo agravado, extorsión. En este caso, si en un mismo hecho hay pluralidad de víctimas será necesario el consentimiento de todas ellas, aunque sólo una asuma la persecución penal²⁶⁶.

4.2. CÓDIGO PROCESAL PENAL DE COSTA RICA

Aspectos relevantes:

a) Estatuto vigente desde el 10 de enero de 1998, consagra al igual que el nuestro una primera parte dedicada a los principios y garantías procesales, su artículo 7º establece: “Solución del conflicto. Los tribunales deben resolver el conflicto, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas”²⁶⁷.

Singulariza dicho procedimiento que en procura de tutelar el derecho de la víctima, al igual que en Chile, la acción penal, puede ser pública o privada. Incluso sin perjuicio de exigir como requisito de procedibilidad, la denuncia para iniciar la acción pública en algunos eventos²⁶⁸.

²⁶⁶ Art. 29, Ib.

²⁶⁷ Código Procesal Penal de Costa Rica, art. 7o.

²⁶⁸ artículo 17.- *Denuncia por delito de acción pública perseguible a instancia privada.* Cuando el ejercicio de la acción pública requiera instancia privada, el Ministerio Público sólo la ejercerá una vez que formulen denuncia, ante autoridad competente, el ofendido mayor de quince años o, si es menor de esa edad, en orden excluyente, sus representantes legales, tutor o guardador. Sin embargo, antes de la instancia, podrán realizarse los actos urgentes que impidan continuar el hecho o los imprescindibles para conservar los elementos de prueba, *siempre que no afecten la protección del interés de la víctima.*

La instancia privada permitirá perseguir a todos los autores y partícipes.

La víctima o su representante podrán revocar la instancia en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio. La revocatoria comprenderá a los que hayan participado en el hecho punible.

b) Consagra, así mismo, el estatuto en su capítulo II lo concerniente al ejercicio de la acción civil que tiene como expreso objetivo el restituir el objeto materia del hecho punible, así como la reparación de los daños y perjuicios causados,

Su ejercicio es alternativo, podrá intentarse en el proceso penal o ante los tribunales civiles.

El proferimiento de una sentencia absolutoria no releva al tribunal de pronunciarse acerca de la acción civil resarcitoria.

c) Los derechos de las víctimas no se reducen a una simple intervención adhesiva al ente estatal encargado de la persecución penal (Ministerio Público), va más allá, puede formular querrela y ejercer conjuntamente la acción civil resarcitoria en los delitos de acción privada; en los de acción pública podrán provocar la acción penal o adherirse a la iniciada por el Ministerio Público en su calidad de querellante.

En tal condición puede de forma expresa o tácita desistir de la querrela²⁶⁹, todo esto en un claro ejercicio del principio que debe regir

(...)

Artículo 20.- *Conversión de la acción pública en privada.*

La acción pública podrá convertirse en privada a pedido de la víctima, siempre que el Ministerio Público lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido, cuando se investigue un delito que requiera instancia privada o un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas. Si existen varios ofendidos, será necesario el consentimiento de todos.

Artículo 118.- *Delitos de acción pública perseguibles sólo a instancia privada.*

Son delitos de acción pública perseguibles a instancia privada:

- a) Las relaciones sexuales consentidas con una persona mayor de doce años y menor de quince, el contagio de enfermedad y la violación; en este último caso, cuando la persona ofendida sea mayor de quince años y no se halle privada de la razón o esté incapacitada para resistir.
- b) Las agresiones sexuales, siempre que no sean agravadas ni calificadas.
- c) Las lesiones leves y las culposas, el abandono de personas, la ocultación de impedimentos para contraer matrimonio, las amenazas, la violación de domicilio y la usurpación.
- d) El incumplimiento del deber alimentario, del deber de asistencia y el incumplimiento o abuso de la patria potestad.
- e) Cualquier otro delito que la ley califique como tal.

Artículo 119.- *Delitos de acción privada*

Son delitos de acción privada:

- a) los delitos contra el honor.
- b) La propaganda desleal.
- c) Cualquier otro delito que la ley califique como tal.

²⁶⁹ Artículo 79.- *Desistimiento expreso.*- El querellante podrá desistir de su demanda en cualquier momento. En este caso tomará a su cargo las costas propias y quedará

democracias auténticas, el de la autonomía privada en conjugación con el de la pública.

d) Para el ejercicio de la acción resarcitoria, su actor deberá constituirse en parte civil, como se puede apreciar, tanto en Chile como en Costa Rica tal categoría se mantuvo incólume a pesar de la entrada en vigencia de un sistema procesal penal con tendencia acusatoria.

sujeto a la decisión general que, sobre ellas, dicte el tribunal, salvo que las partes convengan lo contrario.

Artículo 80.- *Desistimiento tácito.*-

Se considerará desistida la querella cuando el querellante, sin justa causa, no concurra:

- a) A prestar declaración testimonial o a realizar cualquier medio de prueba para cuya práctica sea necesaria su presencia, luego de ser citado.
- b) A la audiencia preliminar.
- c) A la primera audiencia del debate, se aleje de la audiencia o no presente conclusiones.

En los casos de incomparecencia, si es posible la justa causa deberá acreditarse antes de iniciar la audiencia o, en caso contrario, dentro de las cuarenta y ocho horas fijadas para aquella.

El desistimiento será declarado por el tribunal de oficio o a pedido de cualquiera de los intervinientes. Contra esta resolución, sólo se admitirá el recurso de revocatoria.

TERCERA PARTE

**PRÁCTICA JUDICIAL DE LAS VÍCTIMAS
A NIVEL INTERNO, ANTE LOS ORGANISMOS
INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y ANTE EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

PRACTICA PARA LITIGANTES

*“La sabiduría es conocer
lo que se debe hacer;
la virtud es hacerlo”.*

David Starr JORDAN
(1851-1931)

La dinámica del proceso penal en el actual estado constitucional, se rige por principios que edifican un catálogo de garantías que comprende los derechos del ofensor y de la víctima, su grado de participación, circunstancia asentada en diversas sentencias de la Corte:

En un Estado Social de Derecho el proceso penal se erige en un instrumento racional, conformado por diversas etapas y ritualidades, rodeado igualmente de un conjunto de garantías judiciales, encaminado a determinar la posible responsabilidad penal de un individuo, cuya conducta habría injustamente vulnerado uno o varios derechos fundamentales (vgr. vida, integridad personal, libertad individual, etc.) o determinados bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (patrimonio público, salubridad pública, orden económico y social, etc.). En efecto, cualquier proceso penal tiene como finalidad principal la determinación de la responsabilidad penal individual. En tal sentido, se puede afirmar que aquél se encuentra conformado por un conjunto de actos jurídicos y de etapas que guardan, entre sí, una relación cronológica, lógica y teleológica: unos son soporte y presupuesto de los otros, y todos se orientan hacia un mismo fin, cual es, establecer, más allá de toda duda razonable, si una persona es o no responsable por la comisión de un determinado delito. De allí que resulte inconcebible un proceso penal que no se oriente a la consecución de tales cometidos. Ahora bien, en un Estado Social del Derecho, el proceso penal está llamado a cumplir otras importantes finalidades, que van más allá de la determinación de la responsabilidad penal del individuo. En efecto, en los últimos años, merced a la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, el respeto y la garantía de los derechos sustanciales de

*las víctimas se han erigido en fines igualmente valiosos del proceso penal. En tal sentido, la actividad investigativa y sancionatoria del Estado no se limita a determinar la ocurrencia de una determinada conducta ilícita, al igual que sus autores y partícipes, y en últimas, a tasar e imponer una determinada pena, **sino que debe apuntar asimismo a la consecución de otros fines, tales como la materialización de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación***²⁷⁰. (Énfasis no es del texto)

Una vez determinada la estructura del proceso, sobreviene como reflexión que su finalidad no concluye con la sola averiguación de la verdad, sino que se proyecta en la realización de una serie de garantías para la víctima, que se verifican inicialmente con el acceso a la justicia; nos permitimos ahora intentar proponer las siguientes exhortaciones a quienes demanden el restablecimiento del derecho:

1. EN EL ÁMBITO INTERNO

1.1. ASPECTOS A TENER EN CUENTA EN EL TRÁMITE DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

Es dable a la víctima de un delito buscar el resarcimiento de los perjuicios de manera integral, tal comprensión se deduce de la simple lectura gramatical del trámite incidental propuesto en la ley 906 y del art. 174 de la ley 1098 (sobre la *reparación integral de los daños* cuando el ofensor ha sido una menor o un menor o un adolescente), indemnización que debe comprender tanto los daños materiales como los inmateriales.

Esa responsabilidad se deriva de la destrucción o menoscabo de un bien jurídicamente protegido, la reparación implica entonces el restablecimiento del derecho de la víctima a su estado anterior, sólo cuando esto es posible; de no serlo, se requieren otras medidas propias y reconocidas de la reparación como la compensación o indemnización.

La responsabilidad civil y su correlato el deber de reparar se origina en el viejo “principio general del *neminem laedere*, el deber de no causar, por su culpa, daño a los demás”²⁷¹, principio que recogen los art. 2341 (responsabilidad extracontractual) y 2356 (responsabilidad por malicia o negligencia) del código civil.

²⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-828/10.

²⁷¹ NAVIA ARROYO, Felipe. *Del daño moral al fisiológico ¿una evolución real?*, Bogotá., Universidad Externado de Colombia, p. 27.

1.1.1 *Procedimentales*

Con la reforma incorporada por la Ley 1395 de 2010, se requiere para abrir paso a la reparación integral, una sentencia condenatoria en firme²⁷², además de previa solicitud de la víctima, del fiscal, ministerio público a instancia de ella, esto quiere decir, que se condiciona la procedencia del incidente a la firmeza de la sentencia condenatoria.

Esta modificación conlleva a que la solicitud de abrir el incidente sólo procede al finalizar la audiencia pública en que se haya citado a las partes e intervinientes a la lectura de fallo, de no interponerse recurso de alzada contra la sentencia, si se interpone, sólo será viable cuando éste se haya decidido.

Se convocará para la realización de la audiencia a los ocho (8) días siguientes a la solicitud que tiene como fin la consecución de la reparación de daños (léase perjuicios).

En el desarrollo del trámite del incidente (art. 103), el incidentante formulará oralmente su pretensión, en la que deberá expresar cual forma de reparación busca y que pruebas hará valer, este señalamiento procesal es importante en la medida de que de él depende una idónea reparación.

1.1.2 *Demostración de los perjuicios causados*

Debe tenerse en cuenta tal como se puntualizó en anterior acápite, que el debate jurídico sobre la acción civil se realiza en audiencia posterior e incidental al proceso mismo, esto es una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, una de cuyas finalidades en el trámite, es la de que el incidentante (léase víctima) dé a conocer la forma de reparación a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer²⁷³.

Disposición que nos indica la carga probatoria que debe asumir la víctima encaminada a demostrar los daños y sus consecuentes perjuicios con ocasión a la conducta punible, debate que se llevará a cabo en audiencia de pruebas y alegaciones²⁷⁴.

Ahora bien para ahondar en precisiones, la acción civil como su nombre nos orienta, debe ceñirse por expresa remisión del art. 25 de

²⁷² Art. 102 original. *Emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado...*

²⁷³ Ley 906, art. 103.

²⁷⁴ Ib., art. 104.

la Ley 906²⁷⁵, conforme a los principios y reglas establecidas en la normatividad civil en los aspectos que no haya consagrado el régimen procesal penal.

En ese entendido, el que ha cometido un delito y como consecuencia ha inferido un daño, tiene la obligación de indemnizar²⁷⁶, estableciendo la doctrina como carga probatoria para la víctima demostrar: (i) el daño causado y el monto del mismo; (ii) la imputación del perjuicio al directo responsable; o (iii) que este último se halla bajo el cuidado o responsabilidad de otro, bien sea por mandato legal o vínculo contractual.

Respecto al tercero civilmente responsable, debe puntualizarse que sin haber participado directamente en la conducta antijurídica esta civilmente obligado a:

(...) responder por el daño causado por la conducta del condenado, por lo que su papel es responder por el hecho ajeno y en este sentido, resarcir los perjuicios que como consecuencia de la conducta del condenado se le han ocasionado a la víctima, razón por la cual la potencialidad de su obligación de reparación tan solo nace una vez se ha determinado la generación del daño, obligación que surge necesariamente con posterioridad a la sentencia de condena. Así, de acuerdo con la postura acogida por esta Corporación y desarrollada en reiterada jurisprudencia frente a la participación de los terceros en el proceso penal, éstos no son equiparables a los demás intervinientes y partes, como sucedía en el anterior sistema procesal de carácter mixto, puesto que su objeto y finalidad está orientado a la reparación de los perjuicios ocasionados a la víctima por quien el tercero debe responder en su papel de responsable por la conducta ajena, en desarrollo del derecho a la reparación integral de la víctima y del principio de justicia restaurativa establecido en la constitución política en su artículo 250. En este sentido, en virtud de la función que desempeña el tercero civilmente responsable, la decisión que le afecta y en la cual se considera constitucionalmente legítima su participación, es aquella que surja como consecuencia del incidente de reparación integral, toda vez que es en este momento procesal en el que partiendo de la responsabilidad penal del condenado, —requisito *sine qua non* para que el tercero deba responder por el

²⁷⁵ Integración. En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.

²⁷⁶ Código Civil, Art. 2341. *responsabilidad Extracontractual*.

hecho ajeno— se da su participación mediante: i) la determinación de su relación para con el condenado, ii) la determinación de su obligación de reparar a la víctima; iii) el señalamiento del tipo de perjuicio y iv) la fijación del tipo de indemnización y su cuantía, la cual culminará con la sentencia que pone fin al incidente²⁷⁷.

Puntualizando, para que el juez pueda justipreciar el monto del perjuicio, será requisito imprescindible para conceder la reparación solicitada, que la víctima por medio de su representante haya demostrado la existencia de un perjuicio cierto a través de cualquier medio de convicción que reúna las exigencias de pertinencia, conducencia a efectos de evidenciarlo, dado que el juez liquidará los perjuicios con fundamento en lo demostrado en el proceso.

Esos medios de conocimiento allegados al incidente como fenómenos o hechos indicadores de una lesión de un bien jurídico, son los que deben informar al juez para que éste proceda.

1.1.3. *Quiénes están obligados a reparar*

El sujeto activo en cuanto realizador de la conducta causante de una afectación del bien jurídico es obligado directo a su reparación (responsabilidad por el hecho propio); responsabilidad que se extiende a las personas que tenga bajo su cargo, fórmula que acoge la ley penal en el art 96: “*Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder*”²⁷⁸, con fundamento en las siguientes reglas civilistas:

- En primer lugar, el que con su acción u omisión ha ocasionado un perjuicio de forma directa e inmediata, “la regla la constituye la responsabilidad directa por el daño producido por hecho propio”²⁷⁹.
- Solidariamente los padres con respecto a sus hijos menores con base en la fórmula contenida en los art. 2347 “*Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado*” (responsabilidad por el hecho ajeno) y 2348 del C.C. “*Los padres serán siempre responsables del daño causado*

²⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-250/11, M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁷⁸ Código penal, art. 96. Obligados a indemnizar.

²⁷⁹ DE CUPIS, Adriano. *El daño*, 2ª ed., Barcelona-España: Bosch, 1975, p. 672.

por las culpas o los delitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación, o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir”²⁸⁰.

La responsabilidad se extiende a los tutores, preceptores y maestros, personas obligadas al cuidado de los incapaces²⁸¹.

La doctrina jurisprudencial ha reconocido esta forma de responsabilidad por el hecho ajeno con carácter “*excepcional*”, basada en la presunción de culpa indirecta o mediata del responsable²⁸², por no ejercer con diligencia el cuidado, vigilancia y enseñanza necesario para evitar que terceros resulten perjudicados.

Regla que en la ley para la Infancia y la adolescencia en el capítulo del restablecimiento de derechos a las personas que han sido víctimas de infractores mayores de catorce (14) años y que no hayan cumplido los dieciocho (18) años de edad²⁸³, adquiere una papel relevante imponiendo el restablecimiento que estará a cargo de los padres o representantes legales y en tal calidad deberán ser citados o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima, del condenado o su defensor²⁸⁴.

- Así pues, la ley presume que los daños que ocasionen las referidas personas son imputables a quienes debían haber ejercido adecuadamente un control y vigilancia sobre aquéllos, y por ende, la víctima de tales perjuicios debe probar (i) el daño causado y el monto el mismo; (ii) la imputación del perjuicio al directo responsable; y (iii) que este último se haya bajo el cuidado o responsabilidad de otro, bien sea por mandato legal o vínculo contractual²⁸⁵.
- Otra especie que consagra el ordenamiento internacional y el nuestro de personas distintas al penalmente responsable, que deban concurrir solidariamente al pago de la obligación bajo la misma figura del tercero civilmente responsable, por efecto de encontrarse aquel bajo su dependencia laboral (conductores de vehículos, o quienes realizan actividades de suyo peligrosas o de alto riesgo –actividad industrial– a nombre de otro, p.e.)

²⁸⁰ Código Civil, Art. 2348.

²⁸¹ DE CUPIS, Adriano, p. 273.

²⁸² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-250/11, M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁸³ Ley 1098, art. 169.

²⁸⁴ *Id.* Art. 170.

²⁸⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-425/06, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

- Por último, en calidad de interviniente, la aseguradora con facultades análogas a las del tercero civilmente responsable, será citado con la finalidad de:

*(...) permitirle poder conocer el objeto del incidente en concreto, para así acudir a la audiencia de conciliación y en ella, o, ante su fracaso, en la actuación subsiguiente de que trata el art. 104, inc 1º infine, desarrollar todas las actuaciones derivadas de su derecho de defensa: Aceptar y/o proponer un acuerdo; o negarse a conciliar y controvertir pruebas, o aportar y solicitar las requeridas con las que desvirtuar la responsabilidad civil contractual endilgada o la existencia misma del contrato, o la calidad de beneficiario de la víctima, o la pretensión de ésta, del condenado o del tercero civilmente responsable, de que la reparación económica reclamada deba cubrirse con el riesgo amparado por seguro*²⁸⁶.

Retomando, la obligación de reparar los perjuicios derivados del delito los integra el estatuto penal como sigue: *“Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder”*²⁸⁷.

Son esos los aspectos que determinan la responsabilidad civil y que encuentran su fundamento en “el resarcimiento, como sanción no aflictiva sino reparatoria que tiende a la reintegración del interés lesionado, puede afectar perfectamente a una persona distinta de la que ha efectuado la violación...extensión de la responsabilidad desde la perspectiva de las personas sobre las que recae”²⁸⁸.

1.2. CONTENIDO DE LA RECLAMACIÓN EN PERJUICIO

Categorías de perjuicios

La responsabilidad civil derivada del comportamiento antijurídico genera la obligación de reparar los daños *materiales e inmateriales*²⁸⁹ acogiendo la terminología de la doctrina actual que supero la clásica división del daño en patrimonial y extrapatrimonial o moral.

²⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-059/10, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁸⁷ Código penal, art. 96.

²⁸⁸ DE CUPIS Adriano. *El daño*, 2ª ed. Barcelona-España: Bosch, 1975, p.671.

²⁸⁹ HENAO Juan Carlos, *El daño*. Bogotá: Externado.

Los daños *materiales* son fácilmente objetivables en la medida en que derivan en un menoscabo o disminución del patrimonio, no ocurre lo mismo con los *inmateriales*.

Los daños materiales consisten en la lesión, detrimento o destrucción de un bien valorable económicamente —derechos reales o personales—.

De otra parte, los daños *inmateriales* corresponden a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo no siendo tarea sencilla su objetivación, por el contrario, al no ofender “los derechos patrimoniales ni la persona física, sino la personalidad moral del damnificado”²⁹⁰ su tasación se realiza atendiendo otros parámetros diferentes a la cuantificación patrimonial, aquí se debe resarcir por el agravio producido a la víctima con el comportamiento delincuencia o imprudente que le provocara menoscabo a sus derechos personalísimos.

El art. 97 de la normatividad penal estableció en relación con el daño derivado de la conducta punible que el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales, empero, esta fórmula se refiere exclusivamente a la parte de indemnización de daños morales que es sólo una especie de los daños *inmateriales*²⁹¹, pues los materiales deben probarse en el proceso.

Dada la ambigüedad e indeterminación de la norma penal que regula la materia, en orden a aclarar sobre la indemnización de perjuicios es necesario recurrir a la jurisprudencia constitucional:

- (i) la indemnización integral de los daños ocasionados por la conducta punible incluye tanto los daños materiales como los morales, como quiera que el objetivo de la reparación es que, cuando no es posible que las cosas vuelvan al estado anterior a la ocurrencia del delito se compense a las víctimas y perjudicados por los daños sufridos;
- (ii) la liquidación de los perjuicios ocasionados por el delito se debe hacer de acuerdo con lo acreditado en el proceso penal, como quiera que la acción civil dentro del proceso penal depende de que la parte civil muestre la existencia de los daños cuya reparación reclama y el monto al que ascienden

²⁹⁰ LÓPEZ MORALES Jairo, *Perjuicios morales*, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1997, p. 15.

²⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-916/02, M.P. Manuel Cepeda Espinosa.

(iii) cuando no es posible la valoración de los perjuicios, se acude a criterios, tales como la magnitud del daño y la naturaleza de la conducta, puesto que el legislador orientó la discrecionalidad del juez penal frente a este tipo de daños, cuyo quantum sólo puede ser fijado con base en factores subjetivos²⁹².

Subcategorías de perjuicios materiales:

- Daño emergente

Constituido por aquellos gastos o erogaciones a que una persona se ve obligada como consecuencia del daño (hospitalización, intervenciones quirúrgicas, drogas, transporte, pago de abogados, etc.)

- Lucro cesante

Compuesto por todas las pérdidas al patrimonio que le reporte a esa persona, la imposibilidad de continuar con el curso normal de su vida productiva debido a las consecuencias de la conducta punible, en otras palabras, se justifican por la improductividad de la víctima o la imposibilidad de administración de sus negocios y la consecuente pérdida de ingresos a su patrimonio, lo dejado de percibir.

Subcategorías de los daños inmateriales:

- Daños morales

Estos a su vez se subdividen en: *objetivables y subjetivos o no susceptibles de objetivación*

Los primeros repercuten sobre la capacidad productiva o laboral de la persona agraviada siendo mensurables pecuniariamente como desde antaño ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, verbi gracia, “tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio, por la pérdida de su crédito causada por la difamación”²⁹³.

Se pueden cuantificar con relación a ciertos criterios desarrollados jurisprudencialmente “frente a los llamados *perjuicios morales objetivables*, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha estimado que en algunos casos pueden ser valorados pecuniariamente, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas, el perjuicio estético causado o el daño a la reputación”²⁹⁴.

²⁹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-916/02, M.P. Manuel Cepeda Espinosa.

²⁹³ LÓPEZ MORALES, Jairo, *op. cit.*, p. 21.

²⁹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, Casación radicación 30862, M.P. José Leonidas Bustos Martínez, 10 de marzo de 2010.

Los segundos, lesionan el fuero interno de las víctimas, sus derechos personalísimos, no siendo fácil su cuantificación por contemplar precisamente un perjuicio eminentemente subjetivo, denominado por la doctrina *pretium doloris*, a este tipo de daño moral hace alusión el precitado art. 97 del C.P., norma a la que le fuera condicionada su exequibilidad *en el entendido de que dicho tope (1000 salarios mínimos legales mensuales) se aplicará exclusivamente a la indemnización de daños morales cuyo valor pecuniario no fuera objetivamente determinable en el proceso penal*²⁹⁵.

Téngase en cuenta al momento de la reclamación del monto de estos perjuicios, que la norma precitada, los sujeta a la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

- El daño a la vida de relación

A la fecha, de manera injustificada no se ha reconocido este rubro en los *ítems* que deben integrar los daños inmateriales en el campo penal de la responsabilidad civil, sin embargo, como el epígrafe del capítulo IV, título II, de la ley 906 y del art. 174 de la ley 1098 referidos no es otro que de **reparación integral**, resulta claro que su objeto se encamina al pago total de perjuicios, con lo cual el daño a la vida en relación debe ser comprendido dentro de la pretensión, al igual que lo hace la jurisdicción contencioso administrativa, que a su vez lo replica del Consejo de Estado francés, tomando como punto de partida que éste perjuicio no hace parte de los morales.

A diferencia del daño moral, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, el daño a la vida de relación constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada en mayor o menor grado a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó “actividad social no patrimonial”, es un daño al patrimonio moral en su parte social, bienes personalísimos que se proyectan en la actividad social, familiar, en síntesis, en toda la amplia gama que conforma vida de relación de la persona. Dicho con otras palabras:

(...) esta especie de perjuicio puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o

²⁹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-916/02, M.P. Manuel CEPEDA ESPINOSA.

dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad. Podría decirse que quien sufre un daño a la vida de relación se ve forzado a llevar una existencia en condiciones más complicadas o exigentes que los demás, como quiera que deba enfrentar circunstancias y barreras anormales, a causa de las cuales hasta lo más simple se puede tornar difícil. Por lo mismo, recalca la Corte, la calidad de vida se ve reducida, a paso que las posibilidades, opciones, proyectos y aspiraciones desaparecen definitivamente o su nivel de dificultad aumenta considerablemente. Es así como de un momento a otro la víctima encontrará injustificadamente en su camino obstáculos, preocupaciones y vicisitudes que antes no tenía, lo que cierra o entorpece su acceso a la cultura, al placer, a la comunicación, al entretenimiento, a la ciencia, al desarrollo y, en fin, a todo lo que supone una existencia normal, con las correlativas insatisfacciones, frustraciones y profundo malestar (...).

La Corte sentó las siguientes bases a.- tiene naturaleza extra-patrimonial o inmaterial, en tanto que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es económicamente inasible, por lo que no es dable efectuar una mensura que alcance a reparar en términos absolutos la intensidad del daño causado, b.- adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa del individuo, situación que también lo diferencia del perjuicio moral propiamente dicho, c.- en las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico, d.- no sólo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos, e.- según las circunstancias de cada caso, puede ser sufrido por la víctima directa de la lesión o por terceros que igualmente resulten afectados, como verbigracia, el cónyuge, el compañero o compañera permanente, los parientes cercanos o los amigos o por aquella y éstos, f.- su reconocimiento persigue una finalidad marcadamente satisfactoria, enderezada a atemperar, lenificar o aminorar, en cuanto sea factible, los efectos

negativos que de él se derivan, y g.- es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño –patrimonial o extrapatrimonial– que posean alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como se trataría de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad, como infortunadamente ha ocurrido en algunos casos, en franco desmedro de los derechos que en todo momento han de asistir a las víctimas²⁹⁶.

Transición del Daño de la vida en relación a daño a la salud

En el ámbito de los perjuicios inmateriales originado por lesiones corporales, la doctrina del Consejo de Estado ha dado los concebidos bandazos en su denominación que ha variado conforme los cambios doctrinales del derecho comparado de los que somos tributarios, el hecho se presenta en la causal de reparación directa.

Trasladando este perjuicio al campo penal resulta claro que es perfectamente reclamable cuando se ha producido un daño que genera en el campo de las obligaciones el deber de repararlo, verbigracia, por la pérdida de un miembro (superior o inferior) por causa de lesiones personales, la pérdida de funcionalidad o disminución del órgano sexual, que van a producir sin lugar a dudas una privación de una actividad propia del ser humano en actividades sociales como el deporte, o íntimas, como son las relaciones sexuales, presentándose un daño corporal que se proyecta en lo psicológico, tal como lo ha reconocido el Consejo de Estado.

El Consejo de Estado adoptó esa categoría conceptual basado en los siguientes criterios:

Como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación

²⁹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, casación 33833, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, 25 de agosto de 2010.

por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo. Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso–: i) los materiales de daño emergente y lucro cesante; ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal. Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto²⁹⁷.

La importancia del fallo reside en la posibilidad de convertirse en una herramienta para sistematizar la regulación judicial y por ende emitir directrices que deben seguir las víctimas cuando reclamen por medio de la acción civil en el proceso penal:

DAÑO A LA SALUD - *Sistematización*

El hecho de sistematizar el daño a la salud (integridad corporal, psicológica, sexual, estética), mientras se deja abierta la estructura de los demás bienes o derechos jurídicos, garantiza un esquema coherente con los lineamientos conceptuales, teóricos y prácticos del resarcimiento del daño, como quiera que no se presta para generar una tipología paralela al daño a la salud que produzca los mismos efectos perjudiciales que acarrearón las nociones abiertas e indefinidas del daño a la vida de relación y de alteración a las condiciones de existencia. En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y afectiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación –siempre que los supuestos de cada caso lo permitan– de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron

²⁹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 19031 del 14 de septiembre de 2011, C.P.: Enrique Gil Botero.

ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre).

La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno.

En cuanto a los daños materiales en materia probatoria no hay polémica, se establecen de la manera tradicional; no ocurre lo mismo en los daños inmateriales citados, la evolución jurisprudencial en torno a la denominación en la Sección Tercera del Consejo de Estado, conocido en el ámbito jurídico como los daños de vida en relación ha recibido a la fecha las siguientes denominaciones:

- *De 1993 al 2000*: se denominó daño fisiológico. Se comprobaba con perjuicios físicos.
- *Del 2000 al 2007*: el nombre se transformó a daño a la vida de relación. Ya se valoraban las consecuencias sociales y psicológicas del daño físico.
- *Del 2007 al 2011*: Adquirió la calificación de alteración grave de las condiciones de existencia.
- *2011*: el título fue cambiado por una subsección, que lo bautizo como daño a la salud- No obstante, los fallos que modificaron la denominación fueron anulados por la Sección Tercera en pleno²⁹⁸.

Ha sido tradición en nuestro medio judicial, traslapar las fórmulas que provee la jurisdicción contenciosa administrativa al derecho penal en materia de indemnización o al revés, es decir, tomar las reglas de la decisiones penales sobre la acción civil al campo administrativo, procedemos a transliterar en extenso por ser de gran importancia dado el cambio jurisprudencial sobre la materia:

(...) la lesión es suficiente para establecer el daño moral del lesionado, de otro lado, la prueba de la relación de consanguinidad permite inferir la existencia de afecto y unión entre la víctima y sus padres y hermanos. La jurisprudencia ha considerado que el daño corporal de alguno de los miembros de la familia afecta a los demás, en lo que concierne al perjuicio moral.

²⁹⁸ Ámbito jurídico-Legis. *La reparación del perjuicio fisiológico genera controversia en la Sección Tercera del Estado*. No. 332, entrega del 17 al 30 de octubre de 2011, pp. 1 y 8.

Establecido el parentesco con los registros civiles, la Sala da por probado el perjuicio moral en los demandantes, con motivo de las lesiones de su familiar, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el daño sufrido por un pariente cercano causa dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, entendida la familia como núcleo básico de la sociedad.

Las reglas del común acontecer, y la práctica científica han determinado de manera general, que cuando se está ante un atentado contra la integridad física o psíquica de un ser querido, se siente aflicción.

En consecuencia, como la entidad demandada no desvirtuó la presunción de aflicción ocasionada a los demandantes con las lesiones de su pariente (hijo y hermano) en primer y segundo grado de consanguinidad, de acuerdo con los certificados de los registros civiles allegados al proceso, se da por probado el daño moral con fundamento en la presunción judicial o de hombre, que constituye un criterio de valoración; en el derecho americano a dichas presunciones judiciales se les llama “inferencias”; la presunción es un razonamiento que está basado enteramente en la lógica y la experiencia, por ello no se puede confundir con el indicio ya que este es un hecho. Sin embargo, en su estructura lógica-deductiva, participa de la naturaleza de los indicios, como quiera que el juez las deriva de premisas mayores y de inferencias lógicas.

En consecuencia, conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado²⁹⁹.

En cuanto a la presunción del perjuicio moral de los familiares en los casos de lesionados, en sentencia de 18 de marzo de 2004, se señaló:

Una situación distinta se presenta cuando tratándose del daño moral derivado de la muerte o lesionamiento grave de un ser querido, la jurisprudencia ha deducido judicialmente éste, de la simple prueba

²⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646, M.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

del estado civil –junto con la demostración de la muerte o lesión grave–, tratándose de vínculos de consanguinidad cercanos como los existentes entre padres, hijos, hermanos y abuelos, sin que sea necesario demostrar el padecimiento o dolor moral sufrido. Evento en el cual, la legitimación material en la causa del demandante, podrá aducirse a través de la prueba del estado civil (tratándose de parientes cercanos), junto con la prueba de la muerte o lesión grave del pariente cercano, ya que el juez a partir de estos hechos **infiere el dolor**; de lo contrario deberá demostrarse el padecimiento moral sufrido con motivo del hecho dañoso³⁰⁰. En relación con el daño moral sobre lesiones personales la Sala ha distinguido con fines probatorios las graves de las leves³⁰¹.

En cuanto a las lesiones graves y respecto a la víctima directa ha indicado que con la demostración de la gravedad de la lesión se deduce la existencia del dolor moral; y en lo que atañe *con las víctimas indirectas* ha estimado que sufren dolor moral cuando además de demostrar la gravedad de la lesión del lesionado también prueban su condición o de pariente o de persona cercana, hechos que debidamente probados son indicadores de su padecimiento moral.

En lo que concierne con las lesiones leves y respecto a la víctima directa ha estimado que la prueba de la lesión es suficiente para deducir el impacto moral; pero *respecto a las víctimas indirectas* - trátase de parientes o de damnificados - es necesario demostrar a) la lesión leve, b) el parentesco o la condición de damnificado y c) el dolor o padecimiento moral³⁰². (Cursiva y negrilla del texto)

Sin embargo, la Sala ha recogido la anterior tesis jurisprudencial³⁰³, en el sentido de precisar que para presumir el perjuicio moral de los familiares inmediatos del lesionado, no es necesario establecer

³⁰⁰ Sentencia proferida el día 17 de mayo de 2001. Exp. 12.956. Actor: Hernando Palacios Aroca y otros.

³⁰¹ Pueden consultarse las sentencias dictadas los días: 28 de octubre de 1999 (Exp. 12.384. Actor: Luís Eudoro Jojoa Jojoa); 23 de marzo de 2000 (Exp. 12.814; demandante: Harold Gómez González y otros. Demandado: INPEC); 17 de agosto de 2000 (Exp. 12.802; Demandante: Lucila Méndez y otros. Demandado: INPEC); 14 de septiembre de 2000 (Exp. 12.166; Actor: Eduardo López Piedrahita y otros. Demandado: ICBF); 8 de noviembre de 2001 (Exp. 13.007; Actor: Orlando Miguel Bermúdez Torres y otros; Demandado: Municipio de Maicao); 27 de noviembre de 2002 (Actor: Vidal Lemus Layton y Otros; Exp. 13.874).

³⁰² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de marzo de 2004, Exp. No. 14.003, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

³⁰³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2008, expediente: 17.486, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; también en sentencia de 18 de marzo de 2010, expediente: 18.569, C.P.: Enrique Gil Botero.

si las lesiones causadas fueron graves o leves, toda vez que esta distinción carece de sentido lógico y equitativo, por cuanto no es plausible de ninguna manera que la aflicción pueda establecerse a partir de una condición especial de las lesiones. En efecto, independientemente de la afectación física del lesionado, en una concepción de familia nuclear como la que impera en la sociedad colombiana, no resulta equitativo que ese padecimiento moral, su prueba y reconocimiento se condicione al resultado material del daño en cuanto a su mensurabilidad.

Así las cosas, para lo único que se debe tener en cuenta la gravedad o levedad de las lesiones, es para establecer la graduación del monto del perjuicio que se debe indemnizar.

En ese orden de ideas, respecto de los gramos de oro solicitados como indemnización se hará la equivalencia a salarios mínimos legales mensuales del 2011 y se condenará, a la demandada a pagar, la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales para el lesionado... y para cada uno de los padres y 50 salarios mínimos legales mensuales para cada uno de los hermanos.

7.2. En cuanto al daño emergente consolidado se tiene que no fue solicitado en la demanda, motivo por el cual la Sala se abstiene de hacer consideración alguna, frente a este aspecto.

En lo que respecta al daño emergente futuro, El Ministerio de Defensa, Ejército Nacional deberá proporcionarle a ... lo necesario para su rehabilitación, esto es, servicio médico de ortopedia, rehabilitación, psicología y psiquiatría; asimismo, el número de terapias físicas que sean necesarias, la prótesis adecuada para la pierna derecha y la renovación de la misma por el desgaste que presente.

7.3 Frente al lucro cesante, de conformidad con las reglas de la sana crítica que enseñan que una persona laboralmente activa, no podría devengar menos del salario mínimo, para lo cual se tomará el vigente para el presente año (\$535.600) por razones de equidad, toda vez que, el valor del salario mínimo, vigente para la fecha de los hechos correspondía a la suma de \$65.190, el que actualizado equivale a \$476.761, es decir, inferior al vigente para el año 2011.

Al salario base de liquidación, de conformidad con la posición de la Sala³⁰⁴, se le debe aumentar un 25%, por concepto de prestaciones

³⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2007, Exp. No. 16.058 (acumulado 21.112), C.P. Enrique Gil Botero y sentencia de 11 de noviembre de 2009, Exp. No. 18.849, C.P. Enrique Gil Botero.

sociales, en atención a que las mismas son un imperativo de ley y por tal razón deben ser reconocidas; ya que el lesionado perdió el 95% de la capacidad laboral, se tomará el valor total, quedando como salario base de liquidación la suma de \$669.500.

La indemnización consolidada se calculará con base en la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$669.500

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de los hechos (13 de enero de 1992) hasta la fecha de esta sentencia (mayo de 2011), esto es, 232 meses

$$S = \$669.500 \frac{(1 + 0.004867)^{232} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$286'748.478$$

La indemnización futura se calculará con base en la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$669.500

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de esta sentencia (mayo de 2011) hasta la fecha de vida probable de Antonio José Vigoya Giraldo, menos el lucro cesante consolidado, esto es, 364.64 meses.

$$S = \$669.500 \frac{(1 + 0.004867)^{364.64} - 1}{0.004867(1 + 0.004867)^{364.64}}$$

$$S = \$114'137.549$$

Conforme a lo anterior, la indemnización total por concepto de lucro cesante equivale a \$400'886.028

7.4. En relación con el perjuicio inmaterial derivado de una lesión a la integridad psicofísica de la persona, la Sala considera necesario recoger la denominación “alteración a las condiciones de existencia”, para avanzar en el estudio de esta clase de daños.

En efecto, el daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia no pueden comprender, de ninguna forma, el daño a la salud –comúnmente conocido como perjuicio fisiológico o biológico– como quiera que este último está encaminado a la reparación de cualquier lesión o afectación a la integridad psicofísica.

Así las cosas, yerra el a quo al señalar que el daño a la vida de relación está integrado por: i) el perjuicio fisiológico, ii) el daño a la vida de relación sexual, iii) el daño a la vida de relación social, iv) el daño a la vida de relación familiar y v) el daño estético.

El problema de asimilar la tipología del daño a compartimentos abiertos en los que se pueden llenar o volcar una serie de bienes o intereses legítimos genera problemas en sede de la reparación integral del daño y los principios de igualdad y dignidad humana que deben orientar el resarcimiento de aquél. En efecto, con la implementación en Colombia de los conceptos de “daño a la vida de relación” de raigambre Italiano y la “alteración a las condiciones de existencia” de estirpe Francés, se permitió que se implementaran en nuestro ordenamiento jurídico unos tipos de daños abiertos que en su aplicación pueden desencadenar vulneraciones al principio de igualdad material³⁰⁵.

Entonces, resulta necesario que se sistematice la indemnización del perjuicio inmaterial en Colombia para determinar cuáles son los perjuicios inmateriales resarcibles –diferentes al daño moral–, pues con la tipología vigente no se define con claridad: i) si se indemniza el daño por sí mismo o lo que la doctrina denomina el “daño evento”, o si por el contrario se reparan las consecuencias exteriores de ese daño “daño consecuencia”, ii) cuáles son los bienes, derechos o intereses legítimos que tienen cabida en el plano de la responsabilidad y, por lo tanto, que ostentan el carácter de indemnizables, y iii) si el daño derivado de lesiones psicofísicas es posible resarcirlo a través de criterios objetivos y que contengan estándares que garanticen el principio de igualdad, toda vez que

³⁰⁵ C. de E., *idem*.

frente a una misma lesión podría eventualmente declararse una idéntica o similar reparación.

Retomando lo expuesto en este acápite: en primer lugar no existe dificultad en la justipreciación en la práctica penal (se recurre a peritos, facturas, testimonios, etc.) de los *perjuicios materiales*, que responden a una sencilla ecuación: establecer la existencia de un daño emergente más (contingentemente) un lucro cesante que será igual al *daño material*.

No ocurre lo mismo con los perjuicios inmateriales, su cuantificación no se puede tasar por intermedio de peritos “el dolor no tiene precio” y la ley ha tabulado desde 1936 esa prerrogativa de la víctima; de otra parte, como se detalló, a la fecha no existen más que tibias aproximaciones a reconocer en las sentencias de reparación, el daño a la vida de relación.

Quiénes están legitimados a solicitar reparación

Se reitera en este apartado el contenido y alcance del art. 132 de la ley 906, norma que sigue los lineamientos del art. 95³⁰⁶ del estatuto penal, regla que consagra los titulares de la acción civil, conglobando en esa categoría:

- *las personas naturales o jurídicas y*
- *demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto.*

A manera de conclusión

La reparación integral debe comprender todos los factores estudiados, el operador jurídico debe llevar al juez elementos para que justipreece cada uno de los perjuicios atendiendo criterios de racionalidad y proporcionalidad para cada caso, en este sendero la Corte Constitucional trazo las siguientes subreglas al examinar la constitucionalidad del art. 97 citado:

1. Los daños materiales deben probarse y su reconocimiento no está limitado por el monto de los mil salarios mínimos legales mensuales contenido en el artículo 97 del Código Penal.
2. Los daños morales objetivamente valorables no están limitados por la barrera contenida en el citado artículo 97 del Código Penal, porque,

³⁰⁶ Código penal, art. 95. **Titulares de la acción civil.** Las personas naturales, o sus sucesores, las jurídicas perjudicadas *directamente* por la conducta punible tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente, la cual se ejercerá en la forma señalada por el Código de Procedimiento Penal.

El actor popular tendrá la titularidad de la acción civil cuando se trate de lesión directa de bienes jurídicos colectivos.

Por ejemplo, si el tope se aplicara a aquellos daños morales que según la jurisprudencia en algunos casos pueden ser cuantificados a través de factores tales como el perjuicio estético causado o el daño a la reputación, y de dicha valoración resultara que el perjuicio causado es superior al límite que establece la norma, el juez penal tendría que desconocer el derecho a la reparación integral que tienen las víctimas y otorgar una indemnización sólo hasta por mil salarios mínimos legales mensuales.

En el caso de ciertos daños ambientales y colectivos cuya valoración implica un cierto grado de incertidumbre, como ocurre con la valoración del daño ocasionado por la destrucción de una especie, o de contaminación de recursos hídricos como las cuencas, cuya apreciación económica todavía es objeto de intensos debates, el juez tendría que apartarse de lo probado en el juicio –en este caso, probablemente a través de un perito– y por esta vía desconocer la obligación constitucional de reparar integralmente a las víctimas.

3. Los perjuicios morales subjetivos, tienen como límite máximo el de mil salarios mínimos legales mensuales.
4. Como consecuencia de lo anterior, la totalidad de los perjuicios, incluidos los materiales que se probaron, los morales susceptibles de ser objetivamente apreciados, y los morales subjetivos, pueden acumularse, sólo teniendo límite estos últimos³⁰⁷.

En acatamiento de las anteriores reglas deben allegarse medios de convicción al incidente de reparación para demostrar el perjuicio y desde allí pueda el fallador cuantificarlos.

2. PROTECCIÓN EN LAS INSTANCIAS INTERNACIONALES

Puesto que en reiteradas ocasiones se torna inaccesible para las víctimas del delito y la violencia obtener tutela de sus derechos ante los tribunales nacionales, en atención a que el derecho interno debe armonizarse y complementarse con el internacional público comprendido en las convenciones sobre derechos humanos reconocidas por el Congreso y en las declaraciones, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional (art. 93 constitucional), las víctimas alternativamente pueden acudir ante órganos internacionales para hacer valer sus derechos.

³⁰⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Casación radicado 30862, M.P. José Leonidas Bustos Ramírez, 10 de marzo de 2010.

Para activar la competencia del tribunal penal internacional o presentar peticiones para poner en conocimiento la violación de derechos humanos ante la Comisión Americana, es indispensable soportarse jurídicamente en el derecho aplicable constituido por el Estatuto de Roma, los elementos del crimen, las reglas de procedimiento y prueba y la Convención, Estatuto y su Reglamento correspondientemente, tema que iremos ampliando progresivamente.

El primer requerimiento común de admisibilidad ante la Corte Penal Internacional y la Comisión Interamericana es el de la aceptación de su jurisdicción por parte de los Estados concernidos, en seguida debe observarse el carácter complementario de las jurisdicciones nacionales de los dos órganos, naturaleza que implica que el asunto concreto trate de conductas delictuales graves o la determinación de la no disposición del Estado de actuar o su incapacidad de investigar o enjuiciar y el agotamiento de los recursos jurídicos internos por parte del peticionante, respectivamente.

Los Tratados de Derechos Humanos regulan relaciones recíprocas entre Estados, estos se efectivizan a través de los organismos que allí se establecen y convergen en una especial característica, la primacía del individuo sobre el Estado, que permite en algunas circunstancias responsabilizar a los Estados internacionalmente, para tal fin puede acudir en busca de la solución a instancias universales o al sistema interamericano de protección de derechos humanos; más aún ahora cuando es noticia pública que la Corte Penal Internacional tendrá acceso a los expedientes por medio de un acuerdo con los órganos del sistema interamericano para conocer de los delitos que debido a la competencia de estos órganos no alcanza sino a los Estados sin poder aplicar justicia en casos individuales.

El derecho internacional cumple una función primordial de redefinición y evolución de los ordenamientos jurídicos estatales en cuanto garantía de protección judicial a las víctimas del delito y de la violencia en virtud de lo señalado en el Derecho de los Tratados en sus artículos 26 y 27 conforme al principio general *pacta sunt servanda* y observancia de los tratados³⁰⁸.

2.1. SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN

2.1.1. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*

Relacionaremos brevemente los actos que instrumentalizaron estos derechos, iniciando por la Carta de las Naciones Unidas, documento

³⁰⁸ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, arts. 26 y 27.

constitutivo de la organización de la Naciones Unidas y el Estatuto para la Corte Internacional de Justicia, aprobado el 26 de junio de 1945 en San Francisco.

Acto inaugural que derivo en la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, instrumento fundante del discurso de derechos humanos cimentando en el reconocimiento de la dignidad humana y del principio de igualdad de hombres y mujeres.

Posteriormente, cobraron vida con vocación vinculante toda una serie de Pactos Internacionales unos con alcance general: civiles y políticos; económicos, sociales y culturales de 1969; otros destinados a la protección de personas específicas y de situaciones especiales: Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; sobre la desaparición forzada, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, inhumanos o Degradantes entre otros; también deben relacionarse por su gran importancia, los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos en la administración de justicia (Declaración sobre los Principios de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder), instrumentos a los que nos hemos referido en extenso *supra*.

Nuestro énfasis se concentrará ahora en la enumeración los órganos encargados de aplicar esos instrumentos:

En este listado resulta esencial el Consejo de Derechos Humanos, además nueve órganos encargados de supervisar la aplicación de los tratados citados:

- Comité de Derechos Humanos (CCPR).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR).
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD).
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW).
- Comité contra la Tortura (CAT).
- Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT).
- Comité de los Derechos del Niño (CRC).
- Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW).
- Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRPD).
- Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED).

El Consejo de Derechos Humanos conformado por 47 estados miembros creado por la Asamblea General en el 2006 que tiene como función considerar las situaciones de violaciones de los derechos humanos que se presenten en cualquiera de los 193³⁰⁹ estados que integran las Naciones Unidas y hacer recomendaciones al respecto³¹⁰, del procedimiento ante el Consejo debe relievase el nuevo mecanismo de **método de denuncias** que permite a individuos y a organizaciones a presentar denuncias sobre violaciones.

Otro órgano esencial en el mantenimiento de los derechos humanos y por ende en el derecho de las víctimas es el Comité de Derechos Humanos encargado de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al que los Estados deben presentar un informe acerca del cual el Comité lo examina y expresa sus preocupaciones y recomendaciones en forma de **observaciones finales**.

También el Comité tiene competencia para conocer de las denuncias de los particulares en relación con supuestas violaciones del Pacto imputadas a los Estados Partes en el Protocolo.

Por último debe tenerse en cuenta que este órgano se reúne en Ginebra o en Nueva York y normalmente realiza tres periodos de sesiones al año.

A su turno, el Comité contra la Tortura supervisa la aplicación de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes basado en el mismo procedimiento del anterior. Igualmente, puede en determinadas circunstancias, examinar las denuncias o comunicaciones de los particulares, el Comité se reúne en Ginebra y realiza normalmente dos periodos de sesiones al año.

Para finalizar, hacemos una breve referencia al Comité sobre Desapariciones Forzadas al que Costa Rica y Bosnia han ratificado recientemente (marzo y febrero de 2012 respectivamente) que tiene como función monitorear la implementación de la Convención.

2.1.2. *Tribunal Penal Internacional*

2.1.2.1. Origen

Retomando lo expuesto anteriormente, después del largo camino emprendido para la creación de un tribunal penal internacional

³⁰⁹ Sólo en julio de 2011, el recién independizado Sudán del Sur, fue incorporado a la ONU como el 193º miembro.

³¹⁰ El 18º período del Consejo de Derechos Humanos sobre la situación de derechos humanos en Siria.

permanente, la Corte Penal Internacional emerge como colofón de la tentativa iniciada por la comunidad internacional después de finalizada la I Guerra Mundial con el Tratado de Versalles en 1919 que previó la creación de un tribunal para juzgar a los responsables de crímenes ejecutados durante el conflicto, en especial al káiser Guillermo II, iniciativa fallida puesto que Holanda le brindó asilo.

Intento de implementación que continuo después de finalizada la II conflagración mundial con la implementación de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y para el Lejano Oriente en 1945 y 1946 respectivamente. Pasando por los tribunales internacionales ad hoc para la antigua Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994), pero sólo hasta 1998 se cuenta con un tribunal encargado de conocer de los delitos más graves con connotación internacional, repudiados por toda la comunidad, en necesaria transición de una cultura de impunidad a una de responsabilidad individual.

La característica esencial de la Corte Penal internacional se encuentra determinada en el preámbulo de Estatuto de Roma, sintetizada por la Corte Constitucional en la sentencia aprobatoria del tratado internacional y la ley aprobatoria.

*La Corte Penal Internacional fue concebida como un instrumento para combatir la impunidad y lograr el respeto y la efectividad de los derechos humanos básicos, de las leyes de la guerra y del derecho internacional humanitario, incluso dentro de las fronteras de un Estado. Complementa los sistemas penales nacionales en la sanción de los responsables, **en la reparación a las víctimas y en el restablecimiento de los derechos**, al buscar que quienes sean responsables de cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o el crimen de agresión, y no hayan sido o no hayan podido ser juzgados en el ámbito nacional, sean juzgados por una Corte Penal Internacional con vocación de universalidad^{B11}.*

Este Tribunal encarna las aspiraciones de las personas más vulneradas y vulnerables de la colectividad universal para que se investigue, juzgue y profiera condena a los peores ofensores y ejecutores incluyendo los que integran o integraron los poderes públicos (fenómeno que se presenta principalmente en países subdesarrollados), criminales que parapetados en su autoridad y hasta ahora segura impunidad, han perpetrado graves violaciones contra los ciudadanos individualmente considerados al

³¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-578 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

igual que contra grupos opositores, étnicos, sindicalistas, afiliados a movimientos políticos y otros, crímenes que dada su inocultable gravedad, “satisfacen las dos condiciones de ofender la cualidad del ser humano y afectar los intereses de toda la humanidad”³¹².

2.1.2.2. Naturaleza

Asignan singularidad a este Tribunal entre otros los siguientes aspectos:

(i) Su origen por medio de un tratado multilateral garantiza *prima facie* su independencia; (ii) su carácter permanente a diferencia de los anteriores (Núremberg, Tokio, Ex Yugoslavia, Ruanda y otros); (iii) su competencia se rige por el principio de complementariedad advertido en precedencia como presupuesto de admisibilidad.

2.1.2.3. Procedimiento ante la Corte:

a) Admisibilidad

Debe tenerse en cuenta en primer lugar, lo dispuesto en el preámbulo y artículo 1º de Estatuto, según lo cual la corte penal internacional sólo es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales.

Conforme al principio de complementariedad, la Corte constituye una jurisdicción de *ultima ratio* que solo puede, primero activarse, y posteriormente ejercitarse, ***ante la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales***, o lo que es lo mismo, su primacía material sobre estas últimas, en lo que constituye sin duda la trasferencia más importante de soberanía realizada a través del Estatuto. De esta manera, se puede afirmar que el principio de complementariedad está compuesto de los elementos principales: ***la primacía formal de las jurisdicciones nacionales sobre la Corte y la primacía material de la Corte sobre aquéllas***³¹³. (Se resalta)

En segundo lugar, en aras a asegurar el derecho de las víctimas y a evitar la impunidad se incardina el elemento reconocido por la doctrina

³¹² LUBAN, David. *Una teoría de los crímenes contra la humanidad*, Bogotá: Edit. Temis, 2011, p. 21.

³¹³ OLÁSULO, Alonso. *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 121.

internacional de primacía material de la Corte, establecido en el artículo 17 del estatuto como cuestiones de admisibilidad en desarrollo de lo consagrado en el preámbulo y artículo primero mencionados.

Inacción: cuando las jurisdicciones nacionales han iniciado una aparente investigación sin llevarla a culminación debido a la expedición de amnistías o no han iniciado investigación por crímenes tipificados en el Estatuto.

En tercer lugar para determinar **La falta de disposición** a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

- a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;
- b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;
- c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia³¹⁴.

Cuando estén actuando o hayan actuado los tribunales nacionales pero no tiene la capacidad o la disposición de llevar a cabo sus actuaciones³¹⁵.

La incapacidad de las jurisdicciones internas: A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio³¹⁶, en este punto es necesario precisar que los supuestos de incapacidad deben tener el carácter de excepcionales "... como puede ser el caso de la ausencia de un gobierno central o del acaecimiento de una guerra civil o de un desastre natural que provoque

³¹⁴ E. de R., art. 17.2.

³¹⁵ Cfr., Ib., p. 122.

³¹⁶ E. de R., art. 17.3.

Para la admisibilidad ante el Tribunal Penal Internacional, el agotamiento se determina si se presenta en un evento de competencia de la Corte, uno de los siguientes aspectos:

- a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;
- b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;
- c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia³¹⁷.

b) Activación competencia de la Corte

El ejercicio de la Corte sobre los crímenes más graves es potestativo, siempre y cuando:

- a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;
- b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o
- c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15³¹⁸.

c) Alusión a normas del Estatuto a casos en el ámbito nacional

En los delitos de abuso sexual la Corte Constitucional nacional, atendiendo al interés superior del que gozan los menores, ha recurrido a normas del estatuto para establecer reglas en la apreciación de la prueba testimonial vertida en el juicio por el o la menor abusados, reiterados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

³¹⁷ Estatuto de Roma, Artículo 17.2.a.b.c.

³¹⁸ E. de R., art. 13.

En el Estatuto de la Corte Penal Internacional³¹⁹ se establecen expresamente los derechos de las víctimas a presentar observaciones sobre la competencia de la Corte o la admisibilidad de la causa, a que se haga una presentación completa de los hechos de la causa en interés de la justicia, a ser tratadas con dignidad, a que se proteja su seguridad e intimidad, a que se tengan en cuenta sus opiniones y observaciones, a ser reparadas materialmente y apelar ciertas decisiones que afecten sus intereses. Igualmente, las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, adoptadas por la Asamblea General de los Estados parte del Estatuto de Roma, el 9 de septiembre de 2002, indican pautas específicas sobre pruebas en materia de violencia sexual:

‘Regla 70. Principios de la prueba en casos de violencia sexual

En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:

- a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;
- b) *El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;*
- c) *El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;*
- d) *La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo’.*

Inferir, como lo hace la providencia cuestionada, que la menor XXX, que se encontraba en el estado extremo de alicoramiento que dictaminó medicina legal, cercano al estupor, pudo determinarse a sí misma y consentir una relación sexual, es ignorar el contenido de la prueba pericial y por ende afectar el debido proceso de la accionante, puesto que en el informe médico legal se consignó claramente que en las condiciones

³¹⁹ Ley 742 del 5 de junio de 2002 “Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)” Revisado mediante sentencia C-228 de 2002, MM.PP: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

en las que se encontraba la niña, era improbable que la relación sexual estuviere precedida por el consenso y que su consentimiento tuviese alguna fuerza para admitir la relación.

“La Sala considera que si bien, en principio, el juez goza de un margen de discrecionalidad para valorar las pruebas, en tanto que supremo director del proceso, no obstante, en los asuntos donde los niños sean víctimas de un abuso sexual, esta facultad legal se encuentra limitada por el interés superior del menor, lo cual conduce a que el funcionario judicial no interprete a su arbitrio una prueba que termine afectando los derechos de una menor, como en este caso³²⁰.

d) Caso Lubanga aporte al acceso y reparación a las víctimas de delitos

.- En el caso Lubanga, la Sala de primera Instancia de la Corte emitió su primera decisión sobre las reparaciones por el daño sufrido como consecuencia del crimen de guerra por el que fuera hallado culpable por alistar y reclutar niños menores de 15 años y utilizarlos para participar activamente en los enfrentamientos en la República Democrática del Congo entre septiembre de 2002 y agosto de 2003

.- En el juicio participaron 129 víctimas por medio de sus representantes legales.

.- El 7 de agosto de 2012 en sede de la audiencia la Sala Primera Instancia, “los jueces asentaron tanto las bases para la reparación como el proceso mediante el cual se harán efectivas dichas reparaciones. La SPI I decidió que el encargado de recoger las propuestas de las víctimas sería el Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas (FFBV). Las propuestas deberán ser posteriormente aprobadas por la Sala”³²¹.

e) Aspectos críticos develados:

1. Esperamos que su eficacia y radio de acción rebase a los perpetradores del continente africano y alcance a los de otras latitudes que han incurrido en mayor o menor grado en transgresiones a los derechos humanos e intereses de los ciudadanos bajo su jurisdicción, comportamientos criminales con trascendencia para la comunidad internacional; el derecho penal internacional no puede virar en el mismo

³²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, Proceso 29053 del 5 de noviembre de 2008, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

³²¹ www.coalitinfortheicc.org/mod=drctimelinelubanga, consultado 1 noviembre de 2012.

sentido en el que lo ha hecho el penal interno hasta la fecha, en otras palabras, ejerciendo su competencia de manera selectiva de la manera como lo esquematizara magistralmente hace más de 26 siglos el pensador griego Anarcasis³²² en la metáfora según la cual las leyes son simples telas de araña, frase reproducida con pequeños cambios en la literatura, solamente para ilustrar, el poema-novela *Martin Fierro* refiere: “La ley es tela de araña... No le tema el hombre rico/Nunca le tema el que mande, /Pues la rompe el bicho grande/ y sólo enreda a los chicos”³²³.

2. Tampoco puede caer en la reconocida morosidad en la realización de justicia de los tribunales que complementa, signo preocupante de esa inicial tendencia lo enseña la estadística, una sola sentencia después de diez años de implementación.

2.2. SISTEMA INTERAMERICANO

Las peticiones y demandas por denegación a un recurso judicial efectivo a las víctimas de violaciones de derechos humanos y libertades básicas han dinamizado el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de este sistema, pues la aparente actividad judicial (procesos penales, administrativos, penales militares) han llevado a emitir a la Corte Interamericana diversas condenas contra los estados partes por violación al debido proceso y negación de la debida protección judicial.

Desarrollo jurisprudencial que se ha plasmado en múltiples decisiones, en las que se reitera la obligación de los estados miembros de implementar un recurso judicial efectivo conforme en la norma 8.1 de la Convención que establece las garantías judiciales:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter³²⁴.

Norma que ha sido aplicada e interpretada por la Corte generando una verdadera línea jurisprudencial:

³²² Considerado uno de los siete sabios de Grecia, S. VI a.c., el axioma desde entonces universalmente conocido es: “La ley es como una telaraña: los insectos grandes la rompen, los pequeños quedan prendidos en ella”.

³²³ HERNÁNDEZ, José. *Martin Fierro*, Bogotá: La Oveja Negra, 1982, p. 304.

³²⁴ Convención Americana Sobre derechos Humanos, Artículo 8.1.

Esta disposición de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención³²⁵.

De otra parte, la norma en cita se integra y armoniza con lo dispuesto en el artículo 25 del tratado: “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”³²⁶, disposición clara y precisa en su alcance y contenido.

De ahí que en aplicación de las normas referidas en inmediata precedencia, la Corte ha juzgado que las investigaciones internas en los casos en que se ha condenado a los estados por hallarlos responsables internacionalmente, no constituyen recursos efectivos para garantizar el acceso a la justicia que permitan llegar a la verdad, ni activen una real indagación que permita establecer la responsabilidad de los ofensores impidiendo consecuentemente el restablecimiento del derecho de las víctimas.

Otro aspecto que abre las puertas a petitionar y demandar ante los organismos regionales guarda relación al deber de los estados de dar respuesta judicial dentro de un plazo razonable, pues si al contrario, este se torna dilatado o se observan maniobras retardatorias, se vulnera la obligación.

2.2.1. *Obligación de los estados de legislar en materia de derechos y libertades consagrados en la Convención y control de convencionalidad*

El artículo 2º del citado tratado se instituye como un verdadero imperativo categórico para los estados miembros de la región: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º

³²⁵ Corte I.D.H., *caso Cantos vs Argentina*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C. No.97, párrafo 50

³²⁶ Id. art. 25-1.

no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”³²⁷, no cabe duda, que esa exigencia tiene fuente en lo consagrado en el art. 27 de la Convención de Viena de 1969 citado: “**El derecho interno y la observancia de los tratados.** Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”³²⁸.

Esto implica la existencia no solamente formal de recursos judiciales, sino que deben ser adecuados y efectivos para encontrar solución al caso particular, obsérvese en el caso emblemático Barrios Altos a pesar de admitirse el reconocimiento de responsabilidad internacional por la violación al derecho a la vida (muerte de 15 personas) en el año de 1991, el derecho a la integridad personal y garantías judiciales por el estado peruano, la Corte, declaró, también que éste incumplió los artículos 1.1 y 2 de la Convención imponiéndole por primera vez las consecuencias jurídicas de dicho allanamiento, al considerar que:

Las llamadas auto amnistías son, en suma, una afrenta inadmisibles al derecho a la verdad al derecho a la justicia (empezando por el propio acceso a la justicia). . . En realidad, lo que se pasó a denominar leyes de amnistía, y particularmente la modalidad perversa de las llamadas leyes de autoamnistía, aunque se consideren leyes bajo un determinado ordenamiento jurídico interno, no lo son en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos³²⁹.

Para cualquier lector informado resulta evidente que las sentencias de la Corte Interamericana en aplicación del art. 2º en comento no se han limitado a declarar la responsabilidad internacional del estado demandado, sino que además, han ordenado adecuar el ordenamiento jurídico para hacerlo compatible con las cláusulas convencionales y que en consecuencia la ley promulgada sobre amnistía, indulto o perdón por resultar violatoria de la Convención carece de efectos jurídicos, particularmente remitiéndonos al caso Barrios Altos, el fallo instituye reglas que se proyectan con efectos *erga omnes* a todos los estados miembros.

³²⁷ Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 2.

³²⁸ Convención de Viena, art. 26.

³²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Barrios Altos vs Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Voto concurrente del juez A.A. Cancado Trindade.

En el caso colombiano, la condena por la masacre de Mapiripán (1997) perpetrada por las autodefensas en connubio con miembros de las fuerzas militares, el Tribunal Interamericano advierte al estado que “la Corte tiene presente que se ha documentado a Colombia la existencia de numerosos casos de vinculación entre paramilitares y miembros de la fuerza pública, en relación con hechos como los del presente caso”³³⁰, además de ordenar investigar en un término razonable e individualizar a los perpetradores al igual que las personas que prestaron su aquiescencia³³¹, en síntesis, esas reglas y estándares han evitado la impunidad para crímenes graves cometidos en nuestro territorio.

El control de convencionalidad corresponde a la línea evolutiva que va adquiriendo el principio del control de constitucionalidad (concentrado, difuso y mixto) y guarda íntima relación con el mecanismo adoptado para salvaguardar la supremacía de la Constitución por los estados que conforman los diferentes sistemas regionales (europeo, interamericano, africano). Es una clara manifestación de la constitucionalización del derecho internacional por parte de los estados.

Centrándonos en el sistema regional de derechos humanos, el imperativo establecido en el art. 2º. deriva en el *control de convencionalidad*, institución que opinamos, en nuestro medio no es nada distinto que otro instrumento con que cuentan los operadores jurídicos proveniente del instituto del bloque de constitucionalidad, que como es bien sabido, integra la Carta Política con lo dispuesto en los Tratados de derecho internacional de derechos humanos, de derecho internacional humanitario y Estatuto de Roma ratificados por Colombia (arts. 93, 214-2), apalancada por lo dispuesto en el art. 2º del Pacto Interamericano aludido.

El bloque de constitucionalidad además de ser una valiosa herramienta hermenéutica para el sistema mixto de control de constitucionalidad que opera en Colombia: concentrado o directo cuando es ejercido por el juez constitucional al modular o condicionar la validez de cualquier norma jurídica a los contenidos superiores y, difuso cuando lo realiza cualquier otro juez en nuestro medio, impone además el control de convencionalidad. En pocas palabras, el control de convencionalidad se suma a la potestad judicial que hace parte de nuestra singular trayectoria constitucional³³² a partir de 1991, en la que el juez se encuentra facultado

³³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Caso de la Masacre de Mapiripán vs Colombia*”, Sentencia 15 de septiembre de 2005, párr.239.

³³¹ Cfr. “*Caso de la Masacre de Mapiripán vs Colombia*”, punto 7. parte resolutive.

³³² La reforma constitucional de 1991 paliativo contra el poder presidencial (autoritarismo) afianzado por la supremacía de la ley, que permitió la existencia de

para excepcionar por inconstitucionalidad en aplicación del artículo 4º superior (supremacía de la norma constitucional) que consiste en inaplicar una ley por encontrarla en contravía de la norma superior en el caso concreto.

Siendo más precisos, el juez penal está obligado a acatar las cláusulas consagradas en la Convención Americana De Derechos Humanos que se integra a la Carta conforme el conector mencionado, así mismo, a las reglas y estándares comprendidos en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pasemos ahora a precisar el alcance del control plasmado en algunas sentencias de la Corte Interamericana, deteniéndonos en el puntual aparte sobre el tema:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana³³³.

Esta sentencia se considera hito, por ser la primera en fijar los estándares que deben seguir los jueces de los estados partes del Pacto de San José cuando observan una norma de derecho interno que vulnera las obligaciones convencionales.

En esa tarea de consolidación de la norma convencional pluricitada, la Corte ha trazado una verdadera línea doctrinal generando estándares que deben ser observados por los jueces al momento de aplicar la norma

exabruptos e incoherencias legislativas como la ley de los caballos, inauguro un control constitucional anticipándose en su tiempo en más de diez años al control diseñado en la Carta Austriaca por Hans Kelsen.

³³³ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, punto 124.

interna, pues si ésta resulta incompatible con una norma convencional, al igual que acontece con el control de constitucionalidad excepcional o excepción de inconstitucionalidad, debe abstenerse de aplicarla y si es en el ejercicio de control constitucional directo, el juez constitucional está obligado a retirarla del ordenamiento jurídico.

(...) Los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio* el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana³³⁴.

2.2.2. *Órganos de Protección de los DDHHH en el Sistema Interamericano*

Debe tenerse en cuenta que la admisibilidad en el sistema regional para la protección de DDHH se rige al igual que los otros órganos internacionales por el principio de subsidiariedad, para tal efecto se entiende que se han interpuesto y agotado esos recursos a nivel interno cuando:

- a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
- b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y
- c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos³³⁵.

2.2.2.1. *Comisión*

Fue la institución encargada originariamente en el contexto americano de la protección y promoción de los derechos esenciales con un doble

³³⁴ Corte IDH, *Caso trabajadores del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú*, sentencia de 30 de noviembre de 2007. (solicitud de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), voto disidente del juez A.A. Cancado Trindade, II *El ejercicio del Control de Convencionalidad*.

³³⁵ Convención Americana De Derechos Humanos, art. 46.1. a) y Reglamento CIDH, art. 31.

cariz en su funcionamiento, uno de dimensión política y otro judicial³³⁶, su empleo se adecua a la situación de violación de derechos humanos, en algunas ocasiones cobra mayor eficacia para contrarrestarla la aplicación de mecanismos políticos que los judiciales.

a. Funciones de la Comisión

- La primera potestad se concreta en las **observaciones in loco** para verificar la situación de los derechos humanos en un determinado estado³³⁷, tal actividad tiene origen en la información que le suministran las víctimas, ONG'S y otros que culmina con un informe. Para las víctimas adquiere una gran importancia puesto que pueden presentar sus denuncias. Es una gran contribución de la Comisión en materia de asesoramiento para los gobiernos por medio de recomendaciones.
- También en los **Informes Generales y Especiales**³³⁸ puesto que en estos se plasma una situación negativa, una sanción política para el Estado que ha incumplido sus obligaciones en materia de derechos humanos.
- Además cumple una función **consultiva** que no es de acceso a las víctimas sino a los Estados, actúa igualmente por medio de las llamadas relatorías, para lo cual la Comisión nombra a un relator de uno de los siete comisionados para que conozca sobre un tema en particular (Derechos de la mujer, de los pueblos indígenas, afrodescendientes, personas privadas de la libertad, trabajadores migratorios y miembros de sus familias) y un experto independiente a partir de 1999 para la relatoría Especial para la Libertad de Expresión.
- La segunda facultad, la judicial se concreta con la **Presentación de la petición**: pero realmente en este sentido cumple con una función cuasijurisdiccional, el art. 44 dispone que *cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contenga denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte*³³⁹.

³³⁶ Estatuto CIDH, octubre de 1979, art. 18.

³³⁷ Estatuto de la CIDH, art. 18 literal g y Reglamento de la CIDH 28 de octubre de 2009, art. 53.

³³⁸ ¿???

³³⁹ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, art. 44.

Requisitos para la admisibilidad de las peticiones, para la admisibilidad de una petición deben tenerse en cuenta los criterios enumerados en los artículos 44 a 47 de la Convención Americana (Sección 3, competencia), así como en los Artículos 26 y 32 a 41 del Reglamento de la Comisión que se abrevian en:

a. El Estado debe haber reconocido la competencia de la Comisión³⁴⁰; la Comisión entra a comprobar que se hayan agotado las acciones legales internas; que no se presente duplicidad de procedimientos. El plazo para peticionar es dentro de los seis (6) meses siguientes a la decisión judicial interna.

b. Para satisfacer la exigencia del agotamiento de recursos internos debe tenerse en cuenta que se releva de ese requerimiento cuando:

- estos no existen.
- cuando no se haya permitido acceder a los recursos —no le es posible pagar un abogado—
- se le haya impedido agotarlos
- cuando haya retardo injustificado.

c. La petición debe contener el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

d. Es útil haciendo un símil con cualquier demanda o denuncia, incluir en la petición información circunstanciada y detallada acerca de la responsabilidad del gobierno en la violación de los derechos humanos, es un medio recurrido hacer uso de entrevistas para tal fin.

³⁴⁰ Página Corte Interamericana, “texto informativo sobre el Sistema Interamericano, presentación de denuncias, realización de consultas a la Corte y visitas a la sede del Tribunal”, versión *on line*, 18 de junio de 2012:

Los Estados miembros de la OEA son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

Los Estados que han ratificado la Convención Americana son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

Los Estados que han reconocido la competencia de la Corte son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela.

e. Estructuralmente se deben incluir los derechos vulnerados que se encuentran positivados en primer lugar en los instrumentos de los Estados Americanos; en segundo lugar, de las Naciones Unidas y a las interpretaciones realizadas por los dos órganos del Sistema interamericano relacionados en apartado precedente.

- *Medidas Cautelares*, en eventos de gravedad y urgencia la Comisión luego de evaluar la veracidad de los hechos denunciados y la necesidad de una medida preventiva solicitará a motu proprio o por solicitud de parte, al estado implicado para que las adopte en aras a evitar daños irreparables a las personas o al objeto del proceso³⁴¹.
- *Procedimiento de Solución amistosa*, en cualquier etapa del examen de una petición o caso se puede intentar una solución amistosa, de lograrse, la Comisión aprobará un informe con una exposición sucinta de los hechos y solución alcanzada, lo comunicará a las partes previa verificación sobre el consentimiento de las víctimas³⁴², lo hace público y lo incluye en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA; de no arribarse a una solución se proseguirá con el trámite³⁴³, es un procedimiento acogido de por muchos estados³⁴⁴.

³⁴¹ Reglamento de la CIDH, art. 25.

³⁴² Ibid. art. 40-5o.

³⁴³ Ib. Art. 40-6°.

³⁴⁴ Para una mayor explicitación: *Informe 105 de 2005, caso 11.141, Masacre Villatina Colombia, decidió la Comisión:*

1. Aprobar los términos del acuerdo de solución amistosa suscrito el 29 de julio de 2002.
2. Instar al Estado a tomar las medidas necesarias para cumplir con los compromisos pendientes, en particular, la obligación de brindar las debidas garantías y la protección judicial a las víctimas y sus familiares conforme a lo prescrito en los Artículos 8 (1) y 25 de la Convención Americana mediante la continuación con la investigación de los hechos que permita la identificación, juzgamiento y sanción de los responsables.
3. Continuar con la supervisión del cumplimiento de este compromiso de administrar justicia y difundir el contenido del acuerdo de solución amistosa.
4. Hacer público el presente informe e incluirlo en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.

Informe No. 36/00, caso 11.001, masacre "Caloto", Colombia, 13 de abril de 2000. Recomendaciones al Estado colombiano:

1. Llevar a cabo una investigación completa, imparcial y efectiva en la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables de la masacre.
2. Adoptar las medidas necesarias para reparar a Jairo Llamas Ascué, así como a los familiares de las víctimas que aún no hayan sido compensados.

- *Informe sobre el fondo*, si la Comisión establece una o más violaciones, preparará un informe preliminar con las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes y lo transmitirá al Estado en cuestión. En tal caso, fijará un plazo dentro del cual el Estado en cuestión deberá informar sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones. El Estado no estará facultado para publicar el informe hasta que la Comisión adopte una decisión al respecto³⁴⁵.
- *Publicación del Informe*, si transcurridos tres meses desde la transmisión del informe preliminar citado, el asunto no ha sido solucionado, la Comisión podrá emitir por mayoría absoluta de votos, un informe final que contenga su opinión, conclusiones y recomendaciones. La Comisión evaluará el cumplimiento de sus recomendaciones con base en la información disponible y decidirá, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, sobre la publicación del informe definitivo³⁴⁶. La Comisión decidirá asimismo sobre su inclusión en el Informe Anual a la Asamblea General de la OEA o su publicación en cualquier otro medio que considere apropiado.

2.2.2.2. Corte

Se compone de siete jueces, tiene su sede en San José de Costa Rica, sólo los estados y la Comisión pueden someter un caso a la Corte³⁴⁷, este órgano si cumple una función judicial (contenciosa) y sus decisiones son de obligatorio acatamiento denotándose otra gran diferencia con las recomendaciones de la Comisión que no tienen efecto vinculante, situación develada por la Sala Penal de la corte Suprema de justicia colombiana “*es claro que la publicación del informe no soluciona el problema de violación de derechos*”

-
3. Adoptar las medidas necesarias para cumplir con los compromisos relativos a la reparación social en favor de la comunidad indígena Paez del norte del Cauca.
 4. Adoptar las medidas necesarias para evitar que en el futuro se produzcan hechos similares, conforme al deber de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana.
 5. Adoptar las medidas necesarias para dar pleno cumplimiento a la doctrina desarrollada por la CORTE CONSTITUCIONAL colombiana y por esta Comisión en la investigación y juzgamiento de casos similares por la justicia penal ordinaria.

³⁴⁵ Convención Americana art. 50 y Reglamento CIDH, art. 44 – 2o

³⁴⁶ Ibidem, arts, 51 y 47- 1 y 3

³⁴⁷ Convención art 61 – 1o

*humanos que fue planteado incluso concluye la Sala que el alcance de las recomendaciones es bastante limitado*³⁴⁸.

El agotamiento del procedimiento reglado en los art. 48 al 50 de la Convención, anteriormente analizados es un requisito para asumir un caso por la Corte.

- *Sometimiento o remisión del caso a la Corte*

La competencia de la Corte es restringida a si el Estado cuestionado ha aceptado la jurisdicción de la Corte de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana. Superado este condicionamiento formal, comienza la fase procedimental si la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 del referido instrumento evento en cual someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

- *Medidas provisionales*, la Corte adoptará en casos de gravedad y urgencia para evitar un daño irreparable a las personas en eventos de extrema gravedad y urgencia este tipo de medidas ante solicitud de la Comisión³⁴⁹.

2.2.2.3. *Casos en que ha sido declarada la responsabilidad internacional del estado colombiano en el sistema regional.*

1. Caso Caballero Delgado y Santana, sentencia fondo 1995.
2. Caso las Palmeras 2001.
3. Caso de los 19 comerciantes 2004.
4. Caso de la Masacre de Mapiripán 2005
5. Caso de la Masacre de Pueblo Bello 2006
6. Caso de la Masacre de Ituango 2006.
7. Caso de la Masacre de la Rochela 2007
8. Caso Escué Zapata 2007
9. Caso Valle Jaramillo y otros, 2008
10. Caso Manuel Cepeda 2010.
11. Caso Vélez Restrepo y familiares 3 de septiembre de 2012.
12. Caso Masacre de Santo Domingo 30 de noviembre de 2012.

³⁴⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, Sentencia de 17 de septiembre de 2008, Rad. 26021

³⁴⁹ Reglamento art. 76.

CUARTA PARTE

**ALGUNAS DISCIPLINAS CIENTÍFICAS
QUE SE OCUPAN DE TEMAS FUNDAMENTALES
PARA LAS VÍCTIMAS, EPILOGO Y REFLEXIONES**

*Iustitia est constants
et perpetua voluntas
ius suum cuique tribuere*³⁵⁰

CAPÍTULO I

VICTIMOLOGÍA

Y SU INCIDENCIA EN LA ACTUAL NORMATIVIDAD

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Nos interesa abordar este apartado sin pretensión de exhaustividad ni tampoco de originalidad acerca de esta novel e importante disciplina, de tal suerte que lo haremos sucintamente en retrospectiva, desde sus antecedentes históricos hasta la actualidad, en busca de su aporte al sistema penal en el tema de las Víctimas.

Aborda por lo tanto una realidad tan antigua como la aparición del hombre en el planeta, puesto que es el individuo mismo el que victimiza a sus congéneres (apartándonos de los afectados por fenómenos naturales), manifestación comportamental inmanente de su propia naturaleza, aspecto expresado en la famosa máxima hobbesiana: “*El hombre es un lobo para el hombre*”.

Descendiendo aún más en busca de la aparición de la víctima como lo expresamos al inicio de nuestro trabajo, nos apoyaremos en el ámbito religioso, pues casi todas las religiones hicieron culto del sacrificio a la divinidad. Para la tradición judeo-cristiana auscultando en la Biblia, específicamente en el Antiguo Testamento, en el que se narra en el libro tercero (3º) del Pentateuco³⁵¹(Levítico), la victimización de determinados animales para complacer a Jehová, la sangre cumple una función purificadora, constituye un ritual de los sacrificios y apacigua la ira de Dios.

³⁵⁰ ULPIANO: justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho
³⁵¹ Cuya autoría que se le atribuye a Moisés

El Antiguo Testamento, avanzando en esa indagación igualmente nos da noticia de la víctima como encarnación del perjuicio ocasionado por una afrenta injustificada y el castigo del infractor, en el libro Génesis en el capítulo Caín y Abel, pasaje en el que se relata la muerte de Abel en manos de Caín su hermano, acción por la que se le impone una pena por parte de Jehová y que se evidencia como la primera reivindicación de las víctimas de conductas contra el orden establecido, cuando Jehová le dijo a Caín: ¿Qué has hecho? La voz de la sangre de tu hermano clama a mí desde la tierra.

En ese pasaje se perciben claramente las consecuencias del delito y por supuesto el desagravio a la víctima, el resarcimiento se traducía en la vindicta impuesta esta vez a través de Jehová al fratricida “ahora, pues, maldito seas tú de la tierra, que abrió su boca para recibir de tu mano la sangre de tu hermano. Cuando labres la tierra, no te volverá a dar su fuerza; errante y extranjero serás en la tierra...”, fragmento que sirvió de inspiración para la novela “Caín” del premio nobel de literatura de origen portugués José Saramago.

En un estadio posterior, esta facultad cambió de manos y fue asumida por el Estado, aparato que monopolizó la justicia, implementó la pena retributiva, sin más intervención para la víctima que la de testigo apartándola de la posibilidad de la consecución de sus derechos e intereses.

Sin embargo, el enfoque científico aportado por la victimología es reciente, puesto que como se analizará a continuación, sólo aparece después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, debido a la sensibilización que causó en la comunidad internacional el holocausto genocida que significó la muerte de cerca de seis millones de judíos y la censada de más de cincuenta millones de personas, asociada al empobrecimiento y destrucción de un gran número de estados.

Ahora si indagamos del porqué de esa tardía reacción, la razón la podemos fundamentar en los relatos históricos que nos dan noticia de la manera como el crimen, lo forense interesa desde siempre al insensible mercado que gira en torno al comprador³⁵², sólo por vía de ejemplo la producción de seriados en nuestro país da cuenta de esa nociva tendencia extendida en el mundo, hasta convertirse en un negocio que enriquece a guionistas, productores y actores, al tiempo que cautiva a un nutrido número de televidentes³⁵³, realidad que se denomina rating de sintonía.

³⁵² Obras de Ágata CHRISTIE, Sir Arthur CONAN DOYLE: “*Sherlock Holmes*”, Mario PUZO: *El padrino*, Frederick FORSYTH: “*El Chacal*” y otros.

³⁵³ Fenómeno denunciado en la obra de Ernesto SÁBATO, “*La resistencia*”.

(...) el hombre está perdiendo el dialogo con los demás y el reconocimiento del mundo que lo rodea, siendo que es allí donde se dan el encuentro, la posibilidad del amor, los gestos supremos de la vida. Las palabras de la mesa, incluso las discusiones o los enojos, parecen ya reemplazadas por la visión hipnótica. La televisión nos tantaliza, quedamos como prendados de ella. Este efecto entre mágico y maléfico es obra, creo del exceso de la luz... ese mismo efecto que produce la luz en los insectos, y aun en los grandes animales³⁵⁴.

El abandono de la víctima se explica entonces desde un concepto de mercadeo, el de ganancia; esto en atención que para la literatura, el cine, algunos géneros musicales (popular, corridos, etc), la televisión y medios masivos de comunicación, resulta atractiva y comercial la figura del criminal más no la de la víctima; aseveración fácilmente comprobable, mírese como la producción literaria y en general artística, además de la prensa hablada o escrita prefieren magnificar a los grandes delincuentes puesto que les resulta lucrativo, además que es tendencia tomar partido por el fuerte, más no por el vencido.

La industria del celuloide norteamericano por medio de los llamados thriller ha encarnado en violentos filmes la vida y trayectoria de los criminales, entre ellos la de los gánster, convirtiéndoles casi en figuras cimeras de su sociedad, situación compleja puesto que olvida las denuncias realizadas entre otros por el siquiatra norteamericano de origen alemán, Frederick WERTHAM (1895-1981)³⁵⁵, finalmente acogidas por el Congreso de los Estados Unidos por la constatación de sus resultados perniciosos en el comportamiento de algunos individuos en especial de los niños.

No obstante evidenciarse esos efectos perjudiciales, continúa esa producción por los dividendos que aporta; al igual que filmes truculentos que reportan grandes ganancias pero que nefastamente influyen e inspiran a los llamados imitadores a cometer actos análogos, la casuística es inmensurable, sólo mírese la reciente masacre ocurrida en Colorado en una sala de cine en la que fueron asesinadas 12 personas que asistían

³⁵⁴ SABATO, Ernesto, *La Resistencia*, Buenos Aires, Planeta, 2012, p. 14.

³⁵⁵ Wikipedia, **psiquiatra** germano-estadounidense protagonista de una cruzada para protestar contra los supuestos efectos nocivos de los medios de comunicación de masas –los *cómics*, en particular– en el desarrollo de los niños. Su libro más conocido fue *La seducción del inocente (1954)*, que condujo a una comisión de investigación del Congreso de los EE. UU. contra la industria de los comics y a la creación del *Código del cómic*.

a la premier de la última producción de la zaga de Batman, ejecutada por el joven James Holmes.

2. APARICIÓN Y APORTES DE LA DISCIPLINA VICTIMOLÓGICA

Recapitulando lo expuesto, la génesis de esta disciplina científica se remonta a la segunda postguerra mundial a manera de respuesta al olvido en que se hallaba la víctima por el derecho penal tradicional, la criminología y otros saberes; promovida desde el discurso de los derechos humanos en la comunidad internacional. Disciplina que da un nuevo enfoque al derecho de las víctimas, propuestas y principios divulgados por la Declaración de las Naciones Unidas de 1985.

La victimología ha influido para que los Estados legislen en pro de la reparación integral de las víctimas, adopten programas de ayuda y tratamiento de las mismas; programas de protección de las víctimas testigo y de una prognosis de la víctima en el intento de evitar su vulneración, planteamientos que han calado hondo en casi todos los sistemas jurídicos.

La victimología ha contribuido a dar una mirada distinta al derecho penal, la lectura actual obliga a incluir la figura de la víctima como fin del derecho punitivo, en cuanto sujeto que vertebrata todos los tipos penales cuyo fundamento no es otro que el de la tutela de bienes esenciales para el individuo y para la comunidad.

A pesar de haber surgido como reacción al ocultamiento y marginación del afectado con el delito aún perdura esa tendencia, particularmente, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, en exposición de motivos se enuncia: “En materia penal siempre hay dos intereses rivales y contrapuestos: el de la sociedad que tiene el derecho de castigar, y el acusado, que tiene el derecho de defenderse”³⁵⁶, en igual sentido se percibe en casi todos los sistemas latinoamericanos influenciados por el sistema acusatorio anglo-norteamericano pero en los que perviven rezagos del sistema mixto, evidenciándose que la víctima no hace parte de las finalidades primordiales del proceso.

Ahora bien, con el único fin de determinar el origen de esta ciencia, sin desgastarse en disquisiciones triviales de si es una ciencia autónoma como indican algunos autores o por el contrario sólo hace parte de

³⁵⁶ Citada por CANCIO MELIA, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Segunda ed., septiembre de 2001, p. 255.

la Criminología³⁵⁷, o incluso de negar su misma existencia, debemos precisar que con seguridad la victimología ha nacido a la sombra de la Criminología, como ésta en sus inicios lo hiciera del Derecho Penal.

El advenimiento de la victimología se debió entonces a la visible inequidad existente entre el garantismo ofrecido al infractor y olvido del ofendido con el delito en el derecho punitivo tradicional; sumado a la finalidad de la disciplina criminológica, que en sus inicios puso todo su acento en la génesis de la personalidad del delincuente para determinar las causas que le llevan a delinquir desde diferentes interpretaciones (sociológicas³⁵⁸, psicológicas, médicas, etc), priorización que no tuvo en cuenta a la víctima, solo recientemente incorporó como objeto de su indagación el estudio de la víctima.

Conclusión que puede precisarse con este texto: “la concepción tradicional de la criminología ha sistematizado sus conocimientos, estructurando sus trabajos y desplegado sus investigaciones tomando como punto de partida y soporte reflexivo la personalidad del criminal. La victimología en cambio, pretende realizar un verdadero giro epistemológico y enfocar su temática desde el punto de vista de la víctima”³⁵⁹.

El constructo victimológico, es el resultado de un trabajo interdisciplinario, labor que ha permitido ampliar la óptica heredada de la criminología, en cuanto que inicialmente sólo se ocupaba de la víctima del delito, actualmente, abarca a todas las personas que resulten afectadas no sólo por actividades criminales sino también por las catástrofes naturales, es decir, el objeto de la disciplina victimológica actual es la víctima en general.

³⁵⁷ Henry ELLENBERG, Raúl GOLDSTEIN, David ABRAHAMSEN, Elías NEUMAN e incluso Luis JIMENEZ DE ASÚA va más allá al enervar el intento de los tratadistas de entender la victimología como una ciencia nueva.

³⁵⁸ En las sociológicas ver E. DURKHEIM y su teoría estructural funcionalista, que explica el delito como un fenómeno social, MERTON R. *Teoría y estructura social*, SUTHERLAND, exponente de la escuela sociológica de Chicago retoma estos planteamientos y elabora una plataforma desde la cual crea su teoría de la asociación diferencial, según la cual la delincuencia es una conducta sub-cultural que se aprehende, como la delincuencia organizada y la delincuencia juvenil por la interacción con otras personas, es un reflejo de un modelo criminal determinado, además la sociedad reacciona y responde con el etiquetamiento, teorías que se condensan en la obra de BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica*; en las psicológicas, GALLO, Héctor, *El sujeto Criminal*; en el campo médico, *Compulsión y Crimen*, TORRES, Mauro. Bogotá: Legis, 2ª ed., 2009. expone una ininteresante teoría sobre la etiología del delito, con base en la cual la ingesta de alcohol altera la información genética individual dando lugar a modificaciones en el cerebro, dando lugar al gran sistema de las compulsiones adictivas o conductas desadaptadas.

³⁵⁹ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, ed. especial, 2005.

El desarrollo del tema victimológico es expresado magistralmente por el tratadista Antonio GARCÍA:

la víctima del delito ha padecido un secular y deliberado abandono. Disfrutó del máximo protagonismo -su “edad de oro”- durante la justicia primitiva, siendo después drásticamente “neutralizada” por el sistema legal moderno. Tal vez porque nadie quiera identificarse con el “perdedor”, la víctima soporta los efectos del crimen (físicos, psíquicos, económicos, sociales, etc.), pero también la insensibilidad del sistema legal, el rechazo y la insolidaridad de la comunidad y la indiferencia de los poderes públicos. En el denominado “Estado social de derecho”, aunque parezca paradójico, las actitudes reales hacia la víctima del delito oscilan entre la compasión y la demagogia, la beneficencia y la manipulación. La Victimología ha impulsado durante los últimos lustros un proceso de revisión científica del “rol” de la víctima en el fenómeno criminal, una redefinición del mismo a la luz de los conocimientos empíricos actuales, y de la experiencia acumulada. Protagonismo, neutralización y redescubrimiento son, pues, tres lemas que podrían reflejar el estatus de la víctima del delito a lo largo de la historia³⁶⁰.

Por último, más importante que concebirla como ciencia hija de la criminología o de cualquier intento de deslindarla de ésta, resulta precisar su contribución al estudio emprendido.

3. NOCIÓN

Proviene de un neologismo surgido a finales de los cuarenta del siglo anterior: “*victimology*”; etimológicamente indica por supuesto, el estudio de la víctima.

Como punto de partida, se suele concebir la victimología como el estudio científico de la víctima, definición que hicieran los autores considerados precursores de esta disciplina en el primer simposio celebrado en Jerusalén en 1973.

4. OBJETIVO

Tiene como objeto central el estudio de las relaciones entre víctima y delincuente, esto desde el punto de vista del derecho criminal³⁶¹.

³⁶⁰ GARCÍA PABLOS-DE MOLINA, Antonio. *Criminología, Una introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas*, Valencia-España: tiran lo Blanch libros, 3ª ed., 1996, p. 38.

³⁶¹ Cfr. GÜNTHER, Kaiser, *op. cit.*, p. 93.

Como finalidad reelaborada según tendencias más recientes, parodiando el trabajo realizado en Italia en 1976 por GULOTA, se tiene por objeto de la victimología "...el estudio de la víctima de un delito, de su personalidad, de sus características biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, de sus relaciones con el delincuente y del papel que ha desempeñado en la génesis del delito".³⁶²Y, por otro lado, al redescubrimiento y nuevo posicionamiento de la víctima en las ciencias sociales, según MENDELSON.

Esta disciplina del conocimiento se caracteriza por haber volcado a un papel protagónico a la víctima al igual que lo hiciera desde sus inicios la criminología³⁶³ con la figura del infractor de la ley penal.

De la misma manera como la criminología crítica, tiene como norte el hacerle frente al ejercicio indiscriminado por parte de los Estados del *ius puniendi* en salvaguarda de los derechos del infractor, la victimología, tiene como objeto hacer justiciables los derechos de la víctima tomando como punto de partida los procesos que facilitan la victimización.

En ese sentido, la victimología ha proyectado una propuesta multidisciplinaria para atender las necesidades de la víctima desde la asistencia que sólo puede ofrecer el compendio jurídico, médico, sociológico, psicológico desde una dimensión terapéutica y jurídica.

Pero cuál es la finalidad práctica de la victimología como disciplina científica, cuál su aporte? No puede ser otro que el de colaborar en la elaboración de medidas que ayuden a prevenir fenómenos de victimización teniendo en cuenta diversos factores que serán analizados a continuación.

Consecuentemente, si aplicamos las técnicas suministradas por el estudio científico de las relaciones entre víctima y victimario a casos particulares, encontraremos para delitos contra la libertad individual, especialmente en los tipos penales del secuestro y extorsión, parafraseando a Garrido que en algunos casos los secuestradores y extorsionadores "tenían relación previa con la víctima"³⁶⁴, en otros casos a través de otro participe reunían información previa de ésta; en algunos eventos, el contacto entre el agresor y la víctima se produjo a través de

³⁶² GARCÍA, José Gabriel, tomado de www.criminologiaweb.hostrocket.com/victimologia.htm.

³⁶³ Criminología es el conjunto ordenado de la ciencia experimental acerca del crimen, del infractor de las normas jurídicas, del comportamiento socialmente negativo y del control de dicho comportamiento". GÜNTHER, Káiser. *Estudios de psicología criminal*, Vol. XVII, Madrid-España: Espasa, 1983.

³⁶⁴ GARRIDO, Vicente. *Perfiles Criminales*, Barcelona: Ariel, 2012, p. 95

redes sociales, donde el primero se hizo pasar por una persona amable con afinidades con la víctima o empleó otro tipo de engaño para atraerla; de otra parte “la víctima es elegida por el beneficio, real o percibido, que espera tener”³⁶⁵ el delincuente con el constreñimiento o la retención, sustracción u ocultamiento³⁶⁶.

Podríamos hacer extensivo ese análisis a otros ilícitos, especialmente los delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales en los que los perpetradores coinciden en ciertos rasgos, circunstancia que permite realizar su perfil criminológico, “pero en modo alguno recoge una categoría homogénea, ya que son muchos los delinquentes sexuales que existen”³⁶⁷, respecto al estudio victimológico, nos arrojará que las víctimas son personas indefensas debido a su edad, o por tener que transitar sitios no concurridos o por verse obligadas a hacerlo a altas horas, entre otros.

En Colombia, hay que agregar, emulando al sistema judicial comparado, que como medida preventiva, se está optando por la práctica de realizar registros y publicar en los diferentes medios a los delinquentes más buscados (peligrosos) para darlos a conocer en la comunidad local y nacional, esperamos resultados, sin perder de vista que los países que han innovado estos procedimientos, cuentan con recursos adicionales para hacer seguimientos de los infractores con agentes de control, métodos desconocidos y lejos de implementarse en nuestro medio.

5. GALERÍA DE FUNDADORES

El autor que posiblemente hace la primera referencia al estudio sobre el comportamiento de la víctima en sus relaciones con el criminal es Feuerbach (1813)³⁶⁸, tornando esa correlación en el objeto de estudio de la victimología, razón por la cual se le debe tomar como precursor.

En ese orden le sigue Cesar LOMBROSO (médico, psiquiatra) en su condición de fundador de la criminología a partir de la publicación de su obra “*El hombre delincuente*” publicada en 1876. Pero para el estudio que proseguimos, bosquejo algunas anotaciones sobre la víctima en obras posteriores³⁶⁹.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 107.

³⁶⁶ GARRIDO, Vicente. *Perfiles Criminales*, Barcelona: Ariel, 2012.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 119.

³⁶⁸ Cfr. GÜNTHER, Kaiser, *op. cit.*

³⁶⁹ *El crimen, causas y remedios*, 1899, *La mujer delincuente; la prostituta y la mujer normal*, *El delito político y las revoluciones en relación al derecho, la antropología criminal y la ciencia de gobierno*.

Su inmediato seguidor, Enrico FERRI, aportó el aspecto sociológico del delito, acuñando el término de Sociología Criminal, propuso diversas formas para facilitar la reparación del daño, además afirma que la víctima del crimen ha sido olvidada aunque esta víctima produce una simpatía filantrópica mayor que la que provoca el criminal que ha producido el daño, pero no puede perderse de vista que esta aparente preocupación por la indiferencia del derecho penal de la época en relación a la víctima solo obedecía a allanar el camino para imponer un derecho que dio cabida a las retrogradadas tesis de la defensa social y abandonar los logros alcanzados por los humanistas y librepensadores.

Rafael GAROFALO, el jurista de estos tres positivistas, en su libro *Indemnización a las víctimas del delito*, traza el sendero o motivación de la futura ciencia victimológica al referirse a las víctimas de los delitos:

[e]sta clase de personas a que todo ciudadano honrado puede tener la desgracia de pertenecer, debía merecer que el Estado le dirigiese una mirada de benevolencia, una palabra de consuelo. Las víctimas de los delitos, debían, seguramente, tener derecho a mayores simpatías que la clase de los delincuentes, que parece ser la única de que los actuales legisladores se preocupan”. Afirmo además que: “defenderé la causa de los oprimidos por la maldad humana, con el mismo ardor con que otros suelen combatir en defensa de los malhechores³⁷⁰”.

No cabe duda que a partir de los planteamientos de estos tres iniciadores de la escuela positivista italiana, fundadores de la Criminología, se inicia de manera embrionaria la nueva disciplina victimológica; conclusión a la que se arriba al apreciarse enfoques similares en una y otra disciplina, ambas en algún momento de su trayectoria trataron de explicar el fenómeno criminal y victimal desde caracterologías valiéndose la una de causas para comprender el impulso criminal, la otra, de la pretendida autopuesta en peligro de determinadas personas que las llevaría a ser víctimas potenciales del delito.

Con todo, en la literatura científica la victimología tal como se le conoce, parece proceder del psiquiatra estadounidense de origen alemán WERTHAM Frederick (1948) anteriormente citado, que basado en un enfoque sociológico de la víctima acuñó ese término.

Denunció diversos factores provenientes de los medios de comunicación (en especial los comics) que intervenían en la conducta de los ciudadanos desde una edad temprana a cometer actos violentos contra sus congéneres, tal como se relacionó anteriormente.

³⁷⁰ GARÓFALO, Rafael. *Indemnización del delito*. Madrid: La España Moderna, p. 57, citado por RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. *Victimologia*, México: Edit. Porrúa, 1988.

En este orden, aparece registrado como autor que realizará el primer estudio sistematizado de la materia, el criminólogo rumano Benjamín MENDELSON (1900-1998) quien en 1956 publica *“La Victimologie”*. En 1958 pretendió, entre muchos otros, “construir un sistema de medidas preventivas y terapéuticas para evitar la potencial conversión en víctima”³⁷¹.

Le sigue en orden cronológico y de importancia, el criminólogo alemán Hans Von HENTIG (1887-1974) quien se radicó en los Estados Unidos de Norteamérica, considerado con el anterior como los padres de la victimología. HENTIG, a partir el estudio de las causas del delito y de la importancia de la relación del delincuente con la víctima, configuró el concepto de “pareja criminal” formada por el delincuente y la víctima. Planteamientos esbozados en su obra principal, *“The criminal and his victim”*, publicada por la Universidad de Yale en el año de 1948.

6. TAXONOMÍAS

Son múltiples los intentos de clasificar a la víctima en una visión relacional con el evolucionismo a partir del cual, los débiles son víctima potenciales de distintos ataques a sus bienes. De entrada, debemos manifestar nuestro disenso con todo intento de codificar a las víctimas, es erróneo atribuir corresponsabilidad a la víctima en la producción de delitos sobre todo de carácter doloso, teoría que favorece de plano a quien delinque, puesto que su acto antijurídico se ve morigerado o lo que es peor, exculpa.

Es insubstancial esa tendencia de tratar de integrar en tabulaciones todas las falencias e incumplimiento estatal del deber de proteger y asegurar a sus asociados la convivencia pacífica y el pleno disfrute de sus libertades públicas.

En el escenario colombiano, resulta más grave ese intento de caracterización de las víctimas del delito y de la violencia, dado que una gran proporción de su incidencia proviene de la omisión de los distintos poderes públicos; incorporándose a lo anterior que la comisión de un número significativo de delitos son atribuibles a autoridades estatales y en otros casos a la incapacidad de adoptar medidas para prevenirlos.

Realmente, el fenómeno victimológico en Colombia y en el mundo no resiste esas caracterizaciones; cuando lo acertado es buscar su génesis en

³⁷¹ KAISER, Günther, *op. cit.*, p. 93.

disimiles aspectos: culturales, políticos, económicos, sociales, genéticos; siguiendo la orientación que en este trabajo se propone, el último reporte de Amnistía Internacional nos ofrece explicación estadística de los grupos más vulnerables: comunidades indígenas y afrocolombianas, las niñas y niños, la población civil.

Esta constatación nos lleva a rechazar ese vano amago de explicar el fenómeno de la victimidad mediante la detección de factores a partir de los que se pueda inferir la predisposición de personas a ser victimizadas. La criminalidad y victimidad no pueden explicarse satisfactoriamente por factores causales, pues se cae en el absurdo de excusar la verdadera y manifiesta causa, es decir, la omisión e incapacidad Estatales en el cumplimiento de programas de política criminal, política económica, social, de sanidad entre otras.

Pese a este breve disenso, desde el objetivo propuesto y solamente con ánimo académico, descenderemos en las más conocidas y reconocidas tipologías:

6.1. La formulada por Hans VON HENTIG quien hace la primera clasificación de las víctimas en el año del 1948, prestando atención a la distinción entre “individuos jóvenes y viejos, hombres y mujeres, personalidades anormales, inmigrantes y miembros de minorías. Pero como ocurre con casi todas las tipologías, esta fenomenología descriptiva no aporta mayores conocimientos, y sufre de falta de corroboración empírica”³⁷².

6.2. Henri ELLENBERGER (1905-1993), siquiatra de ascendencia francesa, en 1954 se publica su obra *La relaciones psicológicas entre el criminal y su víctima*, obra en la cual caracteriza a la víctima tomando factores edad, sexo, condición social, ocupación, adentrándose en los aspectos intrínsecos de la víctima (psicológicos y morales:

- Víctima no participante,
- Víctima latente.
- Víctima provocativa.
- Víctima participante
- Falsa Víctima

6.3. Posteriormente, MENDELSONHN desarrolla una clasificación arquetípica hacia 1956, nuevamente desde el enfoque relacional entre la incidencia del comportamiento de la víctima con el del delincuente, fenomenología tenida en cuenta por autores como MARTINEZ RAVE en

³⁷² GÜNTHER, Kaiser, *op. cit.*, p. 94.

el medio nacional, así cabe distinguir “la víctima totalmente inocente de la que lo es por ignorancia, por imprudencia, por propia voluntad, por provocación, por agresión, por simulación y por fuerza de la imaginación”³⁷³.

- Víctima enteramente inocente o víctima ideal. Es aquella que no ha hecho nada para provocar la acción criminal o delictiva que sufre. Es, por tanto, absolutamente ajena a la actividad del delincuente.
- La víctima por ignorancia. Es aquella que da un impulso, aunque sea deliberado, al delito. Por su propia irreflexión, provoca su propia victimización, facilitando la actuación del delincuente.
- La víctima provocadora. Es la que incita o mueve, con su conducta, al hecho delictivo. El factor provocación, como su mismo nombre indica e esta tipología de las víctimas, es determinante o decisivo.
- La víctima voluntaria. Es la que evidencia palpablemente su colaboración con un hecho delictivo³⁷⁴.

6.4. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, criminólogo español, niega no sólo la autonomía, sino la posibilidad de la existencia de la victimología, elabora una tipología desde el *modus operandi* del delincuente. Ubica a las víctimas en dos categorías sustanciales:

- Víctimas indiferentes: al victimario le es indiferente la víctima contra la cual ejerce violencia. Ejemplo típico es el arrebato. Al victimario no le interesa ni el nombre, ni la condición de la víctima, lo único que interesa es apoderarse de los valores que lleva. Como se ve es aquella escogida por el delincuente al azar.
- Víctimas determinadas. El victimario dirige sus actos contra una persona determinada. Ejemplo, en el crimen pasional, al hombre que mata a la mujer que le ha sido infiel, no le da igual matarla a ella que a otra mujer; tiene que ser determinada, concreta, esa mujer.
- Víctimas resistentes. Es aquélla víctima que ante un ataque con un cuchillo o revolver, se defiende de tal manera que pueda llegar a matar en legítima defensa.
- Víctimas coadyuvantes: son aquellas que “colaboran” a su propia victimización. ASÚA pone como ejemplo de víctimas coadyuvantes

³⁷³ *idem*

³⁷⁴ Cfr. MARTINEZ RAVE, Gilberto. *Procedimiento Penal Colombiano*, 8ª ed., Bogotá: Temis, 1994, p. 143 y KAISER, Günther, *op. cit.*, p. 94.

a las víctimas de tiranicidio, los homicidios justicieros, los homicidios pasionales, los duelos, la riña, el suicidio, los delitos sexuales, las muertes y las lesiones en accidentes causados por otros y aquellos contra la propiedad, en especial la estafa. Como aquellas que participan activamente en el delito.

Desde una visión reciente y más ajustada a la casuística latinoamericana, incluimos a dos de los principales tratadistas de la región que analizan la temática siguiendo lineamientos propios de su formación académica:

6.5. En Latinoamérica:

Elias NEUMAN (1903-1999), retoma la posición de MENDELSON, indicando que “la victimología debe ocuparse de todo tipo de víctimas” y no sólo de las víctimas de los delitos, sino también de víctimas de catástrofes naturales y de todos los posibles factores que inciden la victimización, al igual que VON HENTIG, también se fija en la “pareja criminal”.

En 1984, creó otra clasificación retomada en los ordenamientos jurídicos actuales: Víctimas individuales, víctimas familiares, víctimas colectivas y víctimas sociales:

- Las víctimas individuales, distinguiendo, entre las mismas, a aquellas que carecen de actitud victimal, frente a las que adoptan una actitud victimal culposa o dolosa.
- Las víctimas familiares, contando entre éstas a los niños y a las mujeres maltratadas, así como a los distintos delitos cometidos en el seno de la familia.
- Las víctimas colectivas, mencionando, entre ellas, a la comunidad como nación, por lo que hace a determinados delitos, como la rebelión y sedición.
- Las víctimas sociales, que son aquellas colectividades a las que el propio sistema social convierte en víctimas o en delincuentes. En este grupo entran los minusválidos, los ancianos, los marginados socialmente, las minorías étnicas, raciales y religiosas, etc.

NEUMAN en sus obras, ha intentado con éxito abarcar la temática que nos ocupa, enlazando los diversos factores que generan la criminalidad con los que llevan a la victimización. La víctima es considerada no sólo individualmente sino que incluye el entorno, la familia, la sociedad y en general a toda la colectividad.

En la obra *“Victimología Supranacional: El acoso a la soberanía”* intenta clasificar en la categoría victimal, vulneraciones a principios del derecho internacional como la conculcación a la autonomía y soberanías

de los Estados, por medio de operaciones como la denominada “Cóndor”, caracterizada por el secuestro y desaparición de ideólogos de países del área por el solo hecho de ser opositores de los regímenes autoritarios de la época³⁷⁵, los dictadores de los países del cono sur (Chile, Argentina, Paraguay, Bolivia, Brasil) auspiciados por la “CIA” en los años 70 como lo revelan recientes documentos desclasificados por el gobierno de Washington, asumieron el rol de victimarios.

En el apartado siguiente (victimología desde una perspectiva clínica) analizaremos a la tratadista argentina Hilda MERCHIORI.

Permítasenos ahora apartarnos de esa visión matizada de la responsabilidad del delincuente y de la omisión estatal, para desde un enfoque realista basado en la observación, registrar algunos factores causales propiciadores o generadores de victimización en nuestro entorno:

7. ASPECTOS REALES QUE PERMITEN DIAGNOSTICAR LA VICTIMIZACIÓN

- El primer aspecto negativo en el contexto colombiano, generador de vulnerabilidad, lo constituye la incuria por parte de las autoridades que desatendiendo su obligación primaria consagrada en el artículo 2º constitucional desprotegen a las personas que se encuentren en el territorio nacional en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, a pesar de los grandes rubros del presupuesto nacional destinados para ese fin.
- Segundo rasgo negativo, sumado a la señalada incapacidad para dar cumplimiento a esa finalidad esencial del Estado, notorio y que causa mayor alarma, está constituido por la corrupción que campea en las instituciones estatales, escenario que ha permitido que protervos criminales se instalen en determinadas regiones sembrando su dominio en contubernio con las autoridades, generando un contexto socio histórico marcado por la violencia y un número considerable de víctimas, fenómeno percibido por la comunidad internacional pero ‘ignorado’ por las autoridades locales y nacionales.
- Tercer rasgo visible generador de victimización de las clases desprotegidas, la negligencia de las autoridades que permiten

³⁷⁵ NEUMAN, Elías. *Victimología Supranacional: El acoso a la soberanía*, Buenos Aires: Editorial Universidad, 1995.

el constante reclutamiento forzado de niños por la guerrilla, por grupos paramilitares y delincuencia común (aproximadamente 18.000 según último informe del I.C.B.F.); de niñas que son explotadas sexualmente por estos criminales, fenómenos denunciados por la comunidad internacional respecto a los cuales no se han tomado medidas serias y responsables

- Cuarto rasgo palmario, la perenne e insaciable rapiña del erario público y de las riquezas de nuestra patria por parte de la clase política, fenómeno que ha marcado abismal desigualdad entre sectores de la población; fenómeno que repercute en incremento de la criminalidad al condicionar a la marginalidad, al desarraigo, a la postración a una gran parte de la colectividad, situación que se proyecta en una mayor victimización; corrupción que igualmente ha restringido el presupuesto que se requiere para la prevención y asistencia integral de los afectados.
- También debe señalarse como factor determinante, la indolencia e insolidaridad de la comunidad que no actúa ni denuncia ante eventos delincuenciales de los que tienen conocimiento; que además, se ha acostumbrado a percibir los fenómenos delincuenciales y de corrupción como parte integrante de nuestra cotidianeidad.

CAPÍTULO II

DAÑO PSÍQUICO Y SU REPARACIÓN

1. CONTEXTUALIZACIÓN

El daño psíquico, reciente enfoque de la ciencia psicológica incluido en el objeto de la victimología, permite desde una perspectiva clínica “la asistencia a las víctimas del delito, es decir, de aquellas personas o grupos que padecen un sufrimiento físico, psicológico y social, como consecuencia de una conducta agresiva, antisocial...”³⁷⁶; orientación que ya se vislumbra con Hilda MARCHIORI, autora que hace énfasis en la necesidad de determinar el daño psicológico que afecta a la víctima para integrarlo a los otros tipos de daños conocidos: económico, físicos, jurídicos y sociales.

El objetivo de la victimología, como quedo descrito, abarca desde la prevención hasta la asistencia integral de las víctimas; empero, un aspecto que no ha sido incorporado en la mayoría de legislaciones, es el de la parte psíquica de quien sufre el impacto causado por el delito, la violencia y otros, por eso

tal vez uno de los aspectos que despierte mayor interés en cuanto a las reacciones de las víctimas sea el que un fuerte impacto emocional puede producirse por una amplia gama de delitos (léase por otros factores) alcanzando incluso a los que podrían considerarse menos graves. Si bien se han descrito patrones comunes de reacción en las víctimas de diferentes delitos (como por ejemplo el síndrome de acomodación al abuso sexual, en víctimas de abuso en la infancia; el síndrome traumático de violación en víctimas adultas), lo cierto es que el grado de severidad de estas reacciones está en función de la organización individual y constituye por ello una respuesta única, en la que se conjugan factores de naturaleza predelictual, delictual y postdelictual (...)³⁷⁷.

³⁷⁶ MARIANETTI, José Enrique, MEJÍA, Omar y MOLES, Patricia. *La Pericia Psicológica*, Mendoza-Argentina, Ediciones jurídicas cuyo, Id., p.56

³⁷⁷ Id., p.57.

Conectando este apartado con lo examinado anteriormente, “el delito produce daños e inicia un proceso de victimización que es primario y puede ser también, tal como se comprueba en numerosos casos secundario y terciario... Al decir de Herrero ALONSO y GARRIDO MARTÍN:

Las actitudes negativas hacia la víctima, especialmente aquellas que reflejan cierta incredulidad o desconfianza respecto a su denuncia, que trivializan la seriedad del delito o tienden a responsabilizar a la víctima por su propia victimización, pueden contribuir a que las persona (sic) afectadas por el delito no encuentren el apoyo social deseado y sufran una segunda victimización producto de las reacciones de las personas con las que interaccionan (familiares, amigos, conocidos, policías, abogados, jueces, terapeutas, etc.).

La victimización terciaria es producto de las vivencias y de los procesos de adscripción y etiquetamiento, que surgen a raíz de las victimizaciones primarias y secundarias precedentes. En la valoración de este tipo de daño fundamental la consideración de mitos, estereotipos, sistemas de creencias, etc. inscritos en el entorno próximo de la víctima, así como a la comunidad a la que pertenece³⁷⁸.

2. DEFINICIÓN Y DIFERENCIA ENTRE DAÑO PSÍQUICO Y DAÑO PSICOLÓGICO

Siempre con la mira puesta en la precisión de los conceptos, pero sobre todo motivados por la importancia que reviste el tema, teniendo en cuenta que la legislación colombiana no incluía este tipo de daño, sólo hasta fecha reciente se expidió la Ley 1616 del 21 de enero de 2013 o Ley de Salud Mental, que la define como un estado dinámico que se expresa en la vida cotidiana a través del comportamiento y la interacción de manera tal que permite a los sujetos individuales y colectivos desplegar sus recursos emocionales, cognitivos y mentales para transitar por la vida cotidiana, para trabajar, para establecer relaciones significativas y para contribuir a la comunidad, noción que se deriva de la definición que trae la Organización Mundial de la Salud³⁷⁹, como un estado de bienestar en el cual el individuo es consciente de sus

³⁷⁸ Id., p. 58.

³⁷⁹ Organización Mundial de la Salud, preámbulo de su constitución en 1946, “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.» definición que no ha sufrido modificaciones.

propias capacidades, puede afrontar las tensiones normales de la vida, puede trabajar de forma productiva y fructífera y es capaz de hacer una contribución a su comunidad.

- Daño psíquico

La expresión daño psíquico “se refiere al daño producido a la entidad del individuo, sobre todo en sus funcionalidades psíquicas o lo que repercute en ellas a través de problemas físicos estructurales u orgánicos”³⁸⁰.

Ahondando ahora en el objeto de la necesidad de un peritaje psíquico encontramos que “el estudio y evaluación de las alteraciones sufridas por la víctima y daño psíquico, son áreas relativamente nuevas en las que existen una serie de parámetros psicológicos que se pueden examinar a efectos de determinar la cuantía de este daño, en función de una reclamación de daños y perjuicios...”³⁸¹.

- Daño psicológico

“Alude a los aspectos relacionados al daño desde un abordaje teórico. Propone la investigación a través de la observación apoyada en la estadística para obtener métodos de trabajo, que den paso a la eficiencia y al despliegue de nuevas propuestas convalidadas por el saber científico”³⁸².

3. OBJETO

A partir una evaluación del daño psico-social, en general se tiene que son coincidentes las reacciones de las víctimas de cualquier delito en cuanto “...sean éstos violentos o no, han de enfrentarse al hecho de que su sufrimiento es producto de la conducta intencionada de otra persona que las ha escogido para cometerlo”³⁸³.

El objeto de la victimología desde ese enfoque de la psicología está constituido por “La determinación de estas reacciones, así como su grado de severidad y de impacto en la vida de la víctima, considerado todo ello en los niveles de victimización primaria, secundaria y terciaria,

³⁸⁰ TKACZUK, Josefa. *Daño Psíquico*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2001, p. 17.

³⁸¹ DEL POPOLO, Juan H. *Psicología Judicial*, Mendoza-Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1996, p. 98.

³⁸² Id., p. 17.

³⁸³ Id., p. 58.

constituyen la evaluación del daño psico-social producido por el impacto del delito”³⁸⁴.

Es relevante para la finalidad del tratamiento victimológico tener en cuenta el daño que sufre la víctima del crimen individualmente considerada; pues no cabe duda que al igual de lo que sucede como consecuencia de otras causas, las personas afectadas con el delito, reaccionan de distinta manera y son portadoras de disimiles condiciones para afrontar y superar las secuelas.

Las consecuencias psicológicas en cada persona se caracterizan “sobre todo en cuanto a la duración... y gravedad de las mismas. El patrón de reacción común a numerosos delitos se caracteriza por la presencia de ansiedad, angustia, shock generalizado, confusión, sentimientos de impotencia, rabia, perturbaciones en el sueño, cambios en el estilo de vida. Algunos síntomas remiten espontáneamente en el tiempo y otros necesitan para la superación de intervenciones especializadas”³⁸⁵.

Trasladando esas reacciones observadas en investigaciones realizadas a víctimas de crímenes heterogéneos, podemos precisar que se presentan respuestas comunes de inseguridad, desconfianza hacia todo el sistema legal e impotencia sin importar del delito de que se sea víctima.

En los crímenes de mayor gravedad e impacto como en los eventos de secuestro, la práctica nos ha enseñado que los plagiados que han conseguido su liberación por haber sido rescatados por las autoridades, o que han logrado fugarse, o los que han sido liberados por sus captores porque se ha pagado por su rescate o por presión, presentan como síntomas visibles además de los relacionados, cambios radicales en su estilo de vida, sufrimiento, perturbaciones en el sueño, estrés postraumático, además de ser pacientes permanentes de psiquiatras y dependientes de variados fármacos.

Las víctimas de terrorismo presentan en común con los de secuestro como secuelas perceptibles “un aspecto fundamental... y es la vulneración de la idea de justicia, que sitúa a la víctima en una situación de indefensión absoluta y provoca sentimientos de rabia dirigidos hacia el agresor. Según recoge Echeburúa (2004), el impacto psicológico en estas víctimas es muy elevado...”³⁸⁶.

³⁸⁴ Id., p.58.

³⁸⁵ Id., p. 59.

³⁸⁶ SORIA VERDE, Miguel Ángel y SÁIZ ROCA, Dolores. *Psicología criminal*. Madrid: Pearson educación S.A., 2005, p. 107.

Continúan los autores precisando en “relación a las víctimas de actos terroristas, el impacto es similar tanto en los supervivientes como en los familiares de los fallecidos...”³⁸⁷.

En esta línea de especificidad, respecto los traumas que especializan un diagnóstico del daño psíquico en la constelación de “delitos contra la integridad sexual del individuo”. La intensidad de estos efectos nocivos para la integridad de la víctima está íntimamente vinculada al grado de afectación que se relaciona igualmente con el tipo de conducta delictiva y su modalidad, se observa que el temor que sienten las víctimas de delitos contra la libertad e integridad sexuales les restringe el desarrollo normal sus actividades, impidiéndoles incluso salir a la calle, “lo que acentúa su aislamiento. El miedo a ser atacado nuevamente constituye un elemento fundamental que angustia de tal manera a que refuerza el *autoconfinamiento* de la víctima y de su familia”³⁸⁸.

La psicóloga argentina Hilda MARCHIORI, doctora que ha publicado un número importante de trabajos en materia victimológica desde el enfoque propio de su formación académica, hace énfasis sobre las resultas perceptibles de la victimización.

Desde la perspectiva psicológica que nos aporta la autora, no cabe duda que los efectos de la victimización conculcan diferentes ámbitos de los derechos de la víctima, trascendiendo el sólo aspecto económico que corresponde a la percepción tradicional, produciendo:

Una disminución del sentimiento de seguridad individual y colectiva porque el delito afecta profundamente a la víctima, a su familia, a su comunidad social y cultural. La trasgresión del sentimiento de inviolabilidad... crea una situación traumática que altera definitivamente a la víctima y a su familia. Se ha observado en la víctima del delito:

- i. La víctima *sufre* a causa de la acción delictiva.
- ii. El delito implica *daño* en su persona o en sus pertenencias.
- iii. El delincuente *provoca* con su violencia, *humillación social*.
- iv. La víctima experimenta *temor* por su vida y la de su familia.
- v. La víctima se siente *vulnerable* y esto provoca sentimientos de angustia, desconfianza, inseguridad individual y social³⁸⁹.

³⁸⁷ Id., p. 197.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 7.

³⁸⁹ MARCHIORI, Hilda. *Criminología. La víctima del delito*, México: Editorial Porrúa, 2008, p. 3.

Otro aspecto constitutivo del daño que sufre la víctima no tan fácilmente perceptible como los anteriores, es la generación de una situación de estrés, “el estrés y conmoción que representa la agresión en la persona de la víctima y en su familia, dependen del tipo de delito, de la personalidad de la víctima, de las características del autor, de las circunstancias delictivas. Pero es evidente que el impacto producido por el delito significa una nueva situación para la víctima: **humillación social**”³⁹⁰. (Negrilla y cursiva no son del texto).

Esa parte teórica es importante como se vislumbra de lo expuesto, por cuanto permite en los diferentes procedimientos materializar los perjuicios a partir de la evaluación efectuada por un psicólogo, para que éste “desde su especialización determine si hubo daño psíquico en la estructura el individuo”³⁹¹.

Aspecto que exige al operador judicial acudir a un psicólogo jurídico o forense (existe una ligera distinción que no es objeto de este estudio), para que este perito determine el daño y la posible incapacidad con fundamento en las secuelas que se detecten, para que posteriormente puedan ser cuantificadas y sean abarcadas en el género de daños inmateriales.

No hace parte de nuestra tradición jurídica la valoración de este tipo de perjuicio inmaterial, no se haya implícito en ninguna de las codificaciones vigentes ni pretéritas al contrario de lo evidenciado en el derecho comparado (España, Argentina entre otros), solo tenemos un leve amago por vía jurisprudencial como fuera anteriormente señalado; empero, su importancia es incuestionable desde la necesidad del restablecimiento de los derechos quebrantados a la víctima.

Ahora bien, el origen y secuelas de este perjuicio se construyen por el perito por medio de evaluación a la víctima, examen que “se centrará en valorar a las personas para determinar, primero, si existe algún trastorno psicopatológico y, segundo, si dicho trastorno está relacionado con el delito que se está sometiendo a juicio. El interés de las partes está en determinar si hay secuelas, entendiendo por tales aquellas que van a perdurar en el tiempo”³⁹², su cuantificación corresponde al juez mediante criterios de ponderación.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 4.

³⁹¹ TKACZUCK, Josefa, *op. cit.*, p. 18.

³⁹² SORIA VERDE, Miguel Ángel y SÁIZ ROCA, Dolores. *Psicología criminal*, Madrid: Pearson educación S.A., 2005.

CAPÍTULO III

VICTIMODOGMÁTICA

La victimodogmática, teoría proveniente de la victimología en cuanto parte de la correlación de la víctima con el ofensor, tuvo como precursoras teorías que encontraron amplia aplicación en el derecho, especialmente en el penal con la compensación de culpas, concurrencia de conductas, culpa exclusiva de la víctima, confluencia de riesgos³⁹³, instituciones propias de la imputación objetiva que tienden a aminorar o eximir de responsabilidad penal al sujeto activo.

1. NOCIÓN

Por ser la mayormente aceptada entendemos por victimodogmática “...la teoría criminológica de la influencia de la conducta de la víctima en la delincuencia...el punto central lo constituye la cuestión de cómo repercute en el injusto la corresponsabilidad de la víctima por lo sucedido, y especialmente si la misma puede dar lugar a la exclusión del tipo o de la antijuricidad”³⁹⁴, esos aspectos concretos enlazan las consecuencias del resultado al comportamiento de la víctima.

En términos de responsabilidad penal, se considera que la conducta activa u omisiva del sujeto pasivo del delito puede contribuir en la producción del punible, influyendo en la responsabilidad del sujeto activo del mismo, atenuándola o incluso eximiéndola.

El influjo de institutos como los enunciados en el contexto penal alemán, por vía de ejemplo, respecto del tipo penal de estafa, ha provocado que autores como Bernd SCHÜNEMAN consideren: “por lo que no hay responsabilidad penal si alguien se deja engañar por una falsificación tosca y fácilmente reconocible –refiriéndose al dinero–”.

Criterio del que la jurisprudencia comparada advierte que “...en el tipo de estafa, respecto del cual se han dado numerosos intentos de

³⁹³ Cif. CANCIO, Meliá Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 391.

³⁹⁴ ROXIN, Claus, *op. cit.* p. 562.

exceptuar de la protección penal a la víctima especialmente descuidada o crédula; sin embargo, el legislador no ha dado a entender en ninguna parte que se pueda explotar impunemente la confianza ciega y necia³⁹⁵.

Trasunto de esos principios victimodogmáticos son los fallos consolidados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia nacional que ha dejado indemnes a sujetos activos del delito con parecidas argumentaciones:

- Oportuno es precisar que la Corte, en recientes pronunciamientos, entre ellos el de 10 de junio del año en curso, al cual se refirieron en sus intervenciones los Delegados de la Fiscalía y del Ministerio Público, ha sostenido que el delito de estafa no se presenta cuando la víctima de la conducta cuenta con mecanismos de tutela disponibles que le permiten conocer la situación real del bien, y en lugar de acudir a ellos decide asumir el riesgo, porque también a ella le es exigible un mínimo de diligencia prudente, atendido su nivel intelectual, su experiencia, el medio social en que se desenvuelve y su pericia en asuntos de la naturaleza del que se ventila³⁹⁶.

Dando al traste con los derechos de las víctimas y permitiendo que los estafadores obtengan patente de corso y no pueda imputárseles el resultado a pesar de haber obtenido provecho ilícito después de haber inducido en error o engaño a la víctima y de provocar el correlativo menoscabo en su patrimonio.

Los intentos de fundamentar el enfoque victimodogmático remiten a la antijuricidad material, con base en lo cual se puede sentar la tesis de que allí donde sea posible y exigible una autoprotección eficaz, no concurrirá una lesión de bienes jurídicos suficientemente peligrosa socialmente por parte del autor, por lo que la víctima no es merecedora de protección.

Es fallido también el intento de sus seguidores al tratar de explicar esta tendencia a partir de la consideración clásica de *ultima ratio* del derecho penal en el conjunto los medios de control social, cuando los demás no han sido idóneos en su finalidad, distorsiona la formulación tradicional de ese principio con la propuesta de que el individuo se autoproteja, con lo cual renuncia a la intervención estatal en consideración a esa autoprotección; postura que no es sostenible en

³⁹⁵ Ibídem, p. 564.

³⁹⁶ C.S.J. Casación 28693. Junio 10 de 2008, reiterada en Proceso 29891, M.P. José Leónidas Bustos Ramírez, 8 de octubre de 2008.

un contexto de inseguridad como el nuestro en el que es inapropiado hablar de autopuestas en peligro o autodaño potencial, consideraciones oportunas únicamente en Estados evolucionados en los que se ofrecen suficientes mecanismos para salvaguardar los derechos de los asociados y aun así siempre subsistirán factores de vulnerabilidad.

El problema de la criminalidad no puede abordarse desde la pretendida intervención de la víctima en el delito ya que para la evitación del delito deben adoptarse medidas que prevengan la comisión de comportamientos ilícitos o imprudentes, los mecanismos de control social formal deben dirigir su reproche contra quien selecciona a la víctima y no contra ésta.

2. REFLEXIÓN FINAL

No obstante los intentos de caracterizar a las víctimas (taxonomías), al igual que los principios de la llamada victimodogmática al convertir la conducta punible en atípica al desconocer al sujeto pasivo de la misma, razón por la que ha recibido el merecido nombre de antivictimología, es grande el aporte de la victimología como disciplina que ha jalonado la evolución de garantías y derechos debidos a las víctimas tanto en el panorama jurídico internacional como en el de los estados.

CAPÍTULO IV

ACTUACIONES QUE REVICTIMIZAN

El sistema judicial en su conjunto, provoca en algunos casos una doble victimización a la persona agraviada con el delito o por actos de violencia, revictimización que inicia con las actuaciones que debe cumplir ante el sistema legal que degeneran en la tramitología e indiferencia burocrática conocidas que se suman al perjuicio infligido por su victimario.

Análogamente, se revictimiza con la desacertada política criminal en su manifestación legislativa, particularmente, con la expedición de leyes transicionales que privilegian a los violentos sin adoptar medidas eficaces en procura del restablecimiento del derecho de las víctimas.

En suma es fácil advertir en nuestro sistema legislativo, judicial y administrativo las siguientes actuaciones que revictimizan:

1. La dificultad que encuentran las personas perjudicadas con el delito o actos de violencia al momento de acudir ante las autoridades competentes a poner en conocimiento la lesión o amenaza de un bien jurídico, muchas veces no son siquiera escuchadas; otras, son remitidas inescrupulosamente de una institución a otra.

2. El gran porcentaje de casos que no son resueltos. Produciéndole de contera pérdida de tiempo y recursos económicos, nótese como muchas querellas y denuncias formuladas desde el inicio del nuevo sistema procesal (1° de enero de 2005) aún se encuentran en indagación preliminar y posiblemente muchas de ellas terminen con el archivo de las diligencias en aplicación del artículo 79 de la nueva ley.

3. La obligación que le impone la normatividad de concurrir cuando sea requerido por las autoridades judiciales para intervenir como testigo o de actuar en otras diligencias judiciales, verbigracia, identificar por medio de reconocimiento fotográfico y/o en fila de personas, exigencia que finaliza con su intervención como testigo en la realización del juicio sin que en la mayoría de los casos se le ofrezca ninguna protección.

4. La prerrogativa del ofendido con el delito de acudir de manera alterna ante la jurisdicción civil ordinaria en procura del resarcimiento de sus derechos se convierte en la práctica en una concesión tortuosa, interminable y onerosa.

El proceso civil tradicional de responsabilidad extracontractual se ha constituido en nuestro medio en una vía larga, penosa y en la mayoría de los casos en infructuosa dado que el ofensor o bien carece de recursos económicos o se insolventa.

5. Caso representativo de mayor victimización, se encuentra consagrado en el artículo 250 de la ley 906 de 2004 que tiene como epígrafe “procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales”, donde originariamente el legislador estableció el procedimiento que se debía seguir cuando ese lesionado o víctima de la agresión sexual se negaba a dar su autorización para la realización de reconocimientos o toma de muestras, ante la reiteración en su negativa “se acudiría al juez de garantías para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección”.

Acertadamente fue declarado inexecutable el aparte subrayado mediante sentencia C-822 de 2005 y el resto del artículo declarado condicionalmente executable bajo el entendido que “desvaloriza el consentimiento de la víctima para evitar una doble victimización”.

Sin embargo, a pesar de la importancia de la sentencia al reconocer que es determinante el consentimiento libre de la víctima, abrió un abanico de posibilidades para que el juez de control de garantías pondere en los eventos en que el delito revista extrema gravedad “y la medida específica requerida es la única forma de obtener una evidencia física para la determinación de la responsabilidad penal del acusado o su inocencia”³⁹⁷.

Curiosamente no sucede lo mismo con el infractor, puesto que él goza de garantías inexpugnables, quien puede obligarle a consentir en la toma de muestras para el posterior cotejo de fluidos corporales, de voces, etcétera, (art. 249 de la ley 906)?

6. El carácter público de la mayor parte del procedimiento en algunos eventos ocasiona serios daños a la persona afectada que ve vulnerados sus derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar, a su buen nombre y a la dignidad humana.

7. A nivel colectivo, familiar e individual se revictimiza en grado superlativo cuando se adoptan medidas legislativas que encubren amnistías e indultos, también con la implementación de leyes transicionales tendientes a la concesión de beneficios desproporcionados a peligrosos e insensibles criminales.

³⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-822 de 2005, M.P. Cepeda Espinosa, Manuel José.

La filosofía política que inspira la concesión de estos mecanismos puede atender fines constitucionales, como la convivencia pacífica, pero sus directrices en muchas ocasiones son violatorias de los valores y principios fundacionales, mírese que tras la imposición de “autoincriminarse” a los desmovilizados, se les beneficia con la gabela de una pena irrisoria que riñe con la gravedad de los delitos contra la humanidad que les son imputados³⁹⁸.

³⁹⁸ El decreto número 4760 de 2005 Ministerio del interior y de justicia por el cual se reglamentó parcialmente la ley 975 de 2005 estableció en su art. 5° versión libre y confesión. Para la aplicación de los beneficios previstos en la ley 975 de 2.005, será necesario que se rinda versión libre por parte de los desmovilizados. Esta diligencia procederá independientemente de la situación jurídica del miembro del grupo armado organizado al margen de la ley, de la forma en que se haya desmovilizado o de cualquier otra consideración.

El Fiscal Delegado competente asignado decepcionará la versión libre una vez recibida la lista presentada por el Gobierno Nacional y antes del vencimiento del término previsto en el Artículo anterior. Para el efecto, los interrogará sobre todos los hechos de que tenga conocimiento, previas las advertencias constitucionales y legales.

En presencia del abogado defensor escogido por él, o en su defecto del que le haya asignado la Defensoría Pública para esta diligencia, el Fiscal Delegado le advertirá al desmovilizado que se encuentra libre de apremio, que no está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad y le informará todo aquello que considere pertinente para garantizar su consentimiento en la realización de la versión con un conocimiento informado y su derecho al debido proceso, luego de lo cual ***el desmovilizado manifestará libre y voluntariamente todos los hechos delictivos cometidos con ocasión de su pertenencia al grupo armado al margen de la ley, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que estos se realizaron, su fecha de ingreso al grupo, y toda otra circunstancia que contribuya de manera efectiva a obtener la verdad, e igualmente indicará los bienes producto de la actividad ilegal.*** El desmovilizado podrá renunciar al derecho de no autoincriminarse. El Fiscal General de la Nación, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 11 de la Ley 938/2004, impartirá instrucciones generales a la Unidad de Justicia y Paz conducentes al eficaz desarrollo de la diligencia de versión libre y en general a la adecuada formulación del programa metodológico para el ejercicio de la función investigativa a cargo de ésta dependencia.

La diligencia de versión libre podrá desarrollarse en varias audiencias, y a petición del desmovilizado habrá lugar a la ampliación de la versión rendida.

La información recaudada en la diligencia de versión libre tendrá plenos efectos probatorios y podrá aportarse en la etapa de juzgamiento, siempre que con ello no se menoscaben las garantías consagradas en el Artículo 29 de la Constitución Política. Parágrafo. Cuando el desmovilizado que no registre orden o medida restrictiva de la libertad, durante la versión libre confiese delito de competencia de los Jueces penales del circuito especializado, de inmediato será puesto a disposición del Magistrado de Control de Garantías en el establecimiento de reclusión determinado por el Gobierno Nacional. A partir de este momento queda suspendida la versión libre, y el magistrado, a solicitud del fiscal delegado, dispondrá de un máximo de

Análisis que nos traslada a la siguiente reflexión: Los padecimientos de una gran mayoría pueden ser desconocidos para el beneficio y disfrute de una minoría, el mal de unos puede justificar el bienestar de otros?

8. Se le victimiza de nuevo por medio de un ordenamiento legal que no efectiviza principios rectores como el contenido en el artículo 22 del estatuto (restablecimiento del derecho), pues al paso que se privilegia con medidas garantistas el tratamiento que debe recibir el ofensor desde el primer momento que se le vincula al proceso (bien por medio la captura o bien por formulación de imputación), proveyéndole de un defensor público que le asista en todo el proceso³⁹⁹ si no cuenta con los medios para contratar un apoderado de confianza; en tanto que al agredido con el delito podrá contar con un abogado que podrá ser designado de oficio, pero únicamente durante el juicio y el incidente de reparación integral, (artículo 11 del C.P.P. literal h).

9. La posibilidad legal de intervenir en situación de equidad en el proceso le impone a la víctima una carga fuerte en términos económicos, que consiste en el nombramiento de un abogado.

La pretensión de restauración del derecho violentado, en todo caso para que sea resuelta en el incidente de reparación, debe ser planteada por la persona legitimada que debe sustentar y probar ante el juez de conocimiento que condenó, para ello es menester estar debidamente asesorado.

36 horas para fijar y realizar la audiencia de formulación de imputación, en la cual igualmente se resolverá sobre la medida de aseguramiento y medidas cautelares solicitadas. Cumplida la audiencia de formulación de imputación se reanudará la diligencia de versión libre y una vez agotada ésta, la Fiscalía podrá solicitar otra audiencia preliminar para ampliar la formulación de imputación si surgieren nuevos cargos.

Cuando el desmovilizado se encuentre previamente privado de la libertad, en virtud de la medida de aseguramiento o sentencia condenatoria o en el evento previsto en el Artículo 31 de la Ley 975 de 2005, las treinta y seis (36) horas a que se refiere el Artículo 17 de la misma, se contarán a partir de la solicitud del Fiscal Delegado al magistrado de control de garantías para la programación de la audiencia de formulación de imputación.

³⁹⁹ Sistema Nacional de Defensoría Pública, Ley 941 de 2005:

Artículo 1º Finalidad. El sistema nacional de defensoría pública tiene como finalidad ***proveer el acceso de las personas a la administración de justicia en materia penal, en condiciones de igualdad y en los términos del debido proceso con respeto de los derechos y garantías sustanciales y procesales.***

Artículo 2º. Cobertura. El sistema nacional de defensoría pública prestará sus servicios a favor de las personas que por sus condiciones económicas o sociales se encuentran en circunstancias de desigualdad manifiesta para proveerse, por sí mismas, la defensa de sus derechos. (...)

Con lo reseñado, el alcance y contenido de principios rectores y garantías procesales como el del artículo 11 *ejusdem* no pasan de ser meros enunciados formales o retóricos, que difícilmente lograrán materializarse en la práctica.

10. También la limitación de recursos humanos, económicos, técnicos y científicos detectada para el adelantamiento de las investigaciones contribuye a generar impunidad y con ello la imposibilidad de reparación de la víctima.

Finalmente, la circunstancia anotada deriva en desconfianza para la comunidad que se traduce en un alto porcentaje de casos en el que las víctimas se abstienen de poner en conocimiento de las autoridades la ocurrencia de un delito, situación denunciada incluso por grupos afines al Gobierno Nacional como La ANDI que incidieron en la escisión del Ministerio del Interior y de Justicia puesto que el 95% de los casos denunciados no eran investigados.

CAPÍTULO V
ESTADO ACTUAL
DEL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS

Iustitia generat pacem
(La justicia genera paz)

En el momento que redactamos estas líneas se adelantan diálogos para la paz entre el gobierno nacional y la guerrilla de las FARC a las que seguramente se les sumará la del ELN, bienvenidas todas las propuestas que permitan terminar con más de cinco decenios de barbarie, destrucción, reclutamiento forzado de menores y en general de violación de derechos fundamentales, porque como bien lo sentenció el gran pensador Marco Tulio CICERÓN (106-43 a.c.): “Tratándose de los intereses del Estado, hay que observar sobre todo las leyes de la guerra. Porque habiendo dos medios para poner fin a una contienda, la negociación y la fuerza, el primero es propio de los hombres, el segundo de las bestias...”⁴⁰⁰, el segundo medio, el de las bestias, es el discurso propio de los denominados guerreristas a los que les conviene mantener un país convulso.

Ahora bien, no cabe duda que la sociedad civil, la academia convienen con lo plausible de esta propuesta; intento que ha llevado a impulsar el ‘Marco para la Paz’, pero al mismo tiempo es paradójico que con la reforma del artículo 22 superior para crear un marco jurídico que permita la terminación del conflicto y el arribo de la paz, se debata no sólo la institucionalidad nacional sino también la misma estructura de un orden justo, de lo que deviene que el proyecto encaminado a la constitucionalización de la justicia transicional y a través de ella conceder indultos y amnistías condicionados incluso para delitos de lesa humanidad, merece reflexión contenida en una pregunta inaplazable teniendo en cuenta la historia reciente: ¿es posible alcanzar ‘la paz’ a cualquier precio, al igual que ha sucedido con el otro mecanismo de

⁴⁰⁰ CICERÓN, Marco Tulio. “*Sobre los deberes*”, Barcelona: Altaya, 1994, p. 20.

justicia transicional, el de justicia y paz? La respuesta debe tener en cuenta la filosofía ética y sobre todo la praxis sobre negociaciones para la paz, que enseñan que ésta no se consigue desdeñando la verdad y justicia.

Dificulta igualmente su implementación legal, el rechazo que se observa por un sector mayoritario de la sociedad en la aplicación de la justicia transicional (Ley 975 de 2005), debido a la percepción de impunidad e inequidad para los perpetradores de tan execrables delitos y que hasta la fecha no alcanza a los verdaderos “hombres de atrás”, organizadores y patrocinadores de esas barbaries que crearon toda una estructura de impunidad prevalida del terror y la violencia.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo antedicho, la adopción por un país de un mecanismo de justicia transicional no puede hacerse contrariando las disposiciones normativas del estatuto de Roma, desde esas directrices debe diseñarse toda la estrategia a seguir.

En esa misma dirección apuntan las recientes declaraciones del Director de Human Right Wacht, José Miguel Vivanco quien expresó que éste es un marco antijurídico para la paz teniendo en cuenta que atendiendo principios de priorización, convendría realizar la investigación y persecución penal de los ‘perpetradores ubicados en la cúpula de las organizaciones’, pero lo que es más grave como se vislumbra en la parte motiva del proyecto extendería su manto de impunidad a los agentes estatales.

Sin ánimo de pontificar, es ineludible reiterar lo loable que resulta esa invitación al diálogo para la paz propuesta por el actual gobierno nacional, de la que surge la necesidad de reglamentar un marco adecuado que se rija por políticas responsables y sostenibles, implementando comisiones de la verdad con la finalidad del rescate de la memoria histórica “de gran utilidad para documentar y contribuir a la comprensión pública de las violaciones de derechos humanos pasadas”⁴⁰¹, referente necesario para no incurrir en los errores del pasado.

Si esa iniciativa para la paz por medio de un proceso en el marco de justicia transicional se implementa, debe tenerse en cuenta la experiencia ganada en todos los aspectos polémicos de la denominada Ley de Justicia y Paz, que nos enseña:

1. Que originariamente el número de desmovilizados y la aparente dejación de armas apuntaban hacia un proceso que permitiría la paz.

⁴⁰¹ Centro Internacional para la justicia Transicional.

Pero se dio más como un momento para el aprendizaje, produjo réditos a los postulados, más no para las víctimas que no recibieron ninguna reparación efectiva.

Posteriormente, con las condenas y la judicialización de algunos de los políticos comprometidos con la criminalidad de esa organización, parcialmente se pensó que se había logrado cumplir con las finalidades que dieron lugar a su implementación.

Empero, desde una mirada más ponderada, desde la base que el fin primordial de toda justicia transicional se dirige a dos objetivos: la transición de un régimen autoritario a uno democrático o la transformación de un conflicto interno armado a uno de paz, nuestro proceso no sólo prorrumpió truncado, sino también fracasado, pues la única transformación que a la fecha se puede verificar es el cambio de una violencia desplegada por miembros de las AUC patrocinadas por algunos gamonales, políticos, fuerza pública y organismos de seguridad del Estado, a una perpetrada por sus herederos: grupos de narcotráfico y bandas criminales.

2. Ahora bien, una segunda etapa del proceso debía integrarlo la justicia para las víctimas, pues todo proceso de justicia transicional supone una disyuntiva entre justicia y paz, superando cualquier consideración del planteamiento tradicional de justicia teniendo en cuenta que en estos procesos la justicia debe ceder para la consecución de la paz social.

La justicia transicional nacional se ha basado en la experiencia aportada por modelos desarrollados en el mismo hemisferio (Chile, Argentina, Salvador, y otros); en Europa (Antigua Yugoslavia) y en Sudáfrica; en su redacción se encuentran rasgos de una y otra, que han venido orientando políticas dentro de un marco de justicia transicional sin alcanzar los objetivos de paz, ni los de reparación para las víctimas.

3. Otra etapa está constituida por extradición de jefes paramilitares desmovilizados, por lo que genero regocijo la decisión adoptada el 17 de febrero de 2009 por la Sala Penal del Corte Suprema de Justicia, en la que sentó un precedente jurisprudencial en tema del restablecimiento del derecho de las víctimas de los crímenes atroces del paramilitarismo al negar la extradición a Estados Unidos de Edward Cobos Téllez, alias “Diego vecino”.

El argumento bosquejado por el alto Tribunal para sustentar su giro en la línea jurisprudencial en el tema de las extradiciones, fue el de que los crímenes de narcotráfico “palidecen” frente a los de lesa humanidad.

Pese a la determinación del alto Tribunal, el daño está hecho, pues se extraditaron más de quince (15) jefes paramilitares desmovilizados que habían comenzado a señalar como instigadores y en otros casos como colaboradores a políticos y a miembros de la Fuerza Pública.

Pero nuevamente se retorno a la anterior tendencia en fallo reciente (2012) en el que se dio otro bandazo jurisprudencial⁴⁰², el alto tribunal declaró la procedencia de la extradición de personas sometidas al proceso de justicia y paz, reversando nuevamente a pesar de que casi durante los últimos tres años había sostenido que en casos de nacionales acusados de cometer delitos comunes en el exterior y que paralelamente se hallaban sometidos al proceso de justicia y paz, debía privilegiarse los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas del accionar de los grupos al margen de la ley; empero, la razón principal fue la de constatar, como lo hemos venido sosteniendo en este trabajo, “que en la práctica el propósito que sirvió de fundamento a su postura no se ha cumplido cabalmente, toda vez que después de siete años de instrumentalizarse el proceso de justicia y paz quienes se han acogido a dicho trámite no han contribuido en forma real, eficaz y transparente al esclarecimiento de la verdad, como tampoco con la finalidad de reparar a las víctimas”⁴⁰³.

4. Que debe evitarse el blindamiento jurídico de personas comprometidas con los perpetradores.

Sin el deseo de demonizar, solo desde una perspectiva crítica y académica es deber ineludible del Estado investigar, procesar y condenar a todos los grupos y personas comprometidas con los perpetradores, pertenecientes a la clase política, industrial, comercial, además de los miembros de la fuerza pública entre otros.

No debe olvidarse que las masacres, los falsos positivos, las desapariciones, los desplazamientos forzados, se encuadran desde la óptica aportada por el derecho penal internacional, en el marco de crímenes contra la humanidad teniendo en cuenta el contexto generalizado y masivo de esos ataques contra la población civil y el pleno conocimiento por parte de los perpetradores de esos ataques, haciéndose exigible la reivindicación de las víctimas.

5. Es obligatorio establecer control sobre los desmovilizados

Ante la constatación del reagrupamiento y rearmamiento de los desmovilizados, integrados ahora en bandas emergentes dedicadas

⁴⁰² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Relatoría *Sala Penal*, *Concepto 35630*, ago. 14/12, M. P. Luis Guillermo Salazar Otero.

⁴⁰³ *Idem*.

a la extorsión, narcotráfico, homicidios se deben crear mecanismos reales de control que permitan su seguimiento; pues esta falencia detectada en la actual justicia transicional, ha generado impotencia en la comunidad que ve como una justicia creada y adaptada para “alcanzar la paz” y la reconciliación se convierte en el más lato factor de violencia e inseguridad en la geografía rural y urbana, aumentando considerablemente la percepción de vulnerabilidad y victimidad tanto a nivel individual como colectivo

6. Obligación del estado de adaptar la justicia transicional a los requerimientos de protección de los derechos humanos

Una verdadera lección del no deber ser en materia de enmiendas a la justicia y de implementación de procesos de justicia transicional se está evidenciando en Colombia donde se moldean las leyes a la medida de la clase política de este país.

Se requiere un cambio tajante en la legislación electoral para evitar que personas investigadas por graves delitos maniobren fraudulentamente sin restricción en las regiones donde ejercen su espuria influencia, la nación no puede estar doblegada frente a los manejos amañados de sombríos personajes que continúan ocupando altos cargos públicos, o lo que es lo mismo ante familiares de estos con igual o peor perfil; en este sentido, resultan caricaturescos los resultados de escrutinios en el territorio nacional dados a conocer en titulares de prensa del siguiente tenor: “La “Gata”, con cuatro congresistas”⁴⁰⁴.

Son necesarios mecanismos legales que impidan la absoluta libertad y maniobrabilidad de políticos implicados con la “parapolítica” que estando *sub judice* se postularon y fueron elegidos a pesar de las graves acusaciones que pesaron y pesan en su contra; investigados por instigar, promover y patrocinar grupos paramilitares implicados en delitos de lesa humanidad y actos de corrupción.

Otros impedidos por estar purgando la pena impuesta y no poder actuar de manera directa, sustituyeron su tenebroso y corrupto legado a familiares: el gordo García a su hermana; Enilce López alias “la gata”, a su hijo; Juan Carlos Martínez, etc.; realidad denunciada por organizaciones como Human Right Watch ante la Comunidad Internacional, anomalía que se constituye en clara vulneración de derechos fundamentales individuales y colectivos debido a la acción de delincuentes que deben ser penalizados con mayor rigor debido a su cargo de confianza pública,

⁴⁰⁴ Periódico ADN, Bogotá, miércoles 17 de marzo de 2010, p. 6.

no premiados con medidas de inmunidad que les permita continuar con sus acciones.

No es propio de la filosofía político-jurídica que debe inspirar a un estado constitucional de derecho, amparar personas denunciadas por crímenes graves para que continúen jugando con la sensibilidad y honra de toda una nación; para que gocen de casa por cárcel por unos supuestos quebrantos de salud; obtengan permiso para salir por ventura en época de elecciones a los lugares donde siembran su adversa influencia; obtengan la libertad condicionada en tiempo record por jueces de la ejecución de las penas; logren habeas corpus y otros beneficios en contubernio con esas autoridades judiciales, esto incrementa a no dudarlo el nivel de victimización y por supuesto coloca en alto riesgo a las personas que los hayan denunciado.

Todos estos hechos ponen en entredicho toda la estructura del Estado de Derecho y socavan desde las cimientos a esta singular “democracia”.

Lo examinado anteriormente nos debe llevar a reflexionar si nuestro Estado está fundado como constitucional de derecho y si su gobierno es democrático⁴⁰⁵, si se responde afirmativamente, es menester examinar los elementos que son propios de una democracia: independencia de las ramas que conforman el poder público, participación, acceso a cargos público, pluralismo, educación, respeto de los derechos humanos; si por el contrario, la conclusión es negativa, por no respetarse ni observarse esos componentes comunes a una democracia real y progresista, entonces estamos obligados a deducir que sólo estamos representados por una pseudodemocracia, situación descrita por CHOMSKI en su obra “*On Power and Ideology*”:

El término democracia se refiere a un sistema de gobierno en el que ciertos elementos de la élite, que se apoyan en la comunidad comercial, controlan el Estado mediante el dominio de la sociedad privada, mientras que la población observa en silencio. Entendida así la democracia es un sistema en el que las decisiones son tomadas por las elites y ratificadas públicamente, como sucede en los Estados Unidos⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ Traemos la definición de democracia proveniente de la Declaración de Viena: “*Democracia se basa en la voluntad libremente expresada de los pueblos de determinar su propio sistema político, económico, social y cultural y su plena participación en todos los aspectos de sus vidas*”. Traducción hecha por el autor.

⁴⁰⁶ CHOMSKI, N. *On power and ideology*, Boston: South End Press, 1987, p. 6., citado por GONZÁLEZ IBÁÑEZ, JOAQUÍN. *Introducción: el valor político de la educación*,

Ese argumento de autoridad contiene varias reflexiones: la primera, nuestra sociedad no puede permanecer indiferente ante esas irregularidades que han sumado víctimas en todos los sectores desfavorecidos y desprotegidos; la segunda, el Estado no puede apartarse de los compromisos internacionales suscritos; el camino entonces debe ser la no tolerancia con los perpetradores de los derechos humanos, postura que debe contener medidas efectivas encaminadas a investigarlos, vincularlos y juzgarlos.

Es fundamental en esta vía informar a toda la nación sobre las acciones de los perpetradores, para que sus actos de barbarie nunca se toleren y aún menos se repitan, esto mediante la memoria histórica que arroje el proceso de justicia transicional a través de sus múltiples mecanismos en especial las comisiones de la verdad o de investigación.

La experiencia reciente ha reafirmado la importancia crucial de promover una participación amplia de las víctimas y en general de la sociedad civil en la determinación de las políticas para implementar una justicia transicional seria y cumplidora de sus finalidades, su participación contribuye a garantizar esas premisas.

Desde otra perspectiva, frente al constatado incremento del fenómeno de la victimización en el mundo, debido al aumento y avance de la criminalidad que va a la par con la globalización generada por los descubrimientos científicos y tecnológicos que traen consigo nuevos comportamientos atentatorios contra los derechos fundamentales, intereses y bienes tutelados jurídicamente, la cibercriminalidad por vía de ejemplo, a lo que se ha respondido frecuentemente con la expansión del derecho punitivo más no con la creación de políticas sociales que permitan morigerar el impacto causado por las conductas punibles sobre el agredido.

Sin embargo, Colombia al contrario de la tendencia observada en el derecho comparado e internacional, la política criminal sigue siendo regresiva respecto de la víctima como sujeto pasivo del delito, dándole extrema significación al concepto de bienes jurídicamente tutelados y al garantismo del infractor relegando a un plano inferior al afectado con la infracción penal.

Desde esa óptica ofrecida por el marco jurídico comparado e internacional no cabe duda que nuestra codificación concede un tratamiento

asistemático, inconexo, incompleto y descontextualizado a las víctimas del delito y de la violencia.

Finalmente, no debe olvidarse que solo a través de la efectividad de la justicia y no ignorándola se logra la transición hacia una paz duradera, la justicia es sinónimo y requisito de armonía no de arbitrariedad.

OBSERVACIONES FINALES

“El respeto se debe a los que dominan los espíritus por la fuerza de la verdad, no a los que los convierten en esclavos mediante la violencia; a los que comprenden el universo, no a los que la desfiguran”.

VOLTAIRE.

Si la filosofía que inspira el nuevo sistema, centra su accionar en el cumplimiento de metas de afianzamiento de las garantías fundamentales del procesado pero también de la víctima, además de efectivizar el derecho sustancial para salvaguardar la complejidad de intereses, bienes jurídicos y derechos en *litis*; se puede advertir entonces, que en estricto sentido el acto legislativo 03 de 2002 no marco un cambio favorable en el tratamiento de las víctimas, al contrario la intervención de la víctima en el proceso penal involucionó.

Incongruencias normativas que se concretan desde la norma 250 superior ordinales 1º, 6º y 7º que ordenan a la Fiscalía solicitar ante juez de garantías: medidas necesarias para la protección de la víctima, disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral, velar por la protección de las víctimas respectivamente, sin tener en cuenta que en muchas ocasiones la estrategia adoptada por la Fiscalía para la consecución del objetivo principal del proceso (arribar a la verdad) difiere en algunas oportunidades de esos particulares intereses de la víctima, por ello el sujeto procesal que represente esos derechos debe estar acorde con sus pretensiones.

En esa misma línea, resulta más lamentable el vacío normativo respecto a la representación de la víctima que carece de recursos económicos, esto fomenta la inaccesibilidad de la víctima en la búsqueda del amparo judicial efectivo.

Desde este trabajo no apuntamos a hacer más expansivo el derecho penal que ya se encuentra inconvenientemente incrementado por una política criminal desacertada, que no ha apuntado su accionar al restablecimiento de las víctimas, buscamos que cualquier política que

se adopte en materia de paz debe estar sustentada en los convenios internacionales sobre derechos humanos estudiados en precedencia para que el Estado no se vea constantemente condenado por infringir los derechos humanos al conceder impunidad a través de amnistías.

Contrastando en el plano penal y procedimental penal el catálogo de derechos contentivos del garantismo que se le ofrece al agresor, con la tutela de los derechos de la víctima, se observa, que continúan ignorándose los derechos de esta, convirtiéndola en un mero interviniente contingente.

Fundamentados en todo el análisis se pueden extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, que a pesar del lugar preferente que deben ocupar los derechos fundamentales en un estado constitucional de derecho, una de cuyas expresiones prioritarias es la de salvaguardar los derechos de quienes sufren perjuicios con ocasión del delito, no ha sido debidamente atendida a pesar de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que se garantiza el necesario equilibrio que debe existir entre la eficacia y funcionalidad de la administración de justicia penal y los derechos fundamentales del investigado y de la víctima⁴⁰⁷.

La participación de la víctima en el actual proceso penal se vio limitada considerablemente, la ley 906 de 2004 ha marcado un retroceso, constituyéndose en legislación retardataria que ha menguado la intervención y facultades de los lesionados con la conducta punible en el proceso penal, deducción que se obtiene de cotejarla con las legislaciones pretéritas analizadas en este trabajo.

En segundo lugar, refulge del conjunto examinado, igualmente, que el anhelo del constituyente del 91 encaminado a lograr unos instrumentos jurídicos apropiados característicos de un Estado social de derecho, ha cedido en cuanto al tema de las víctimas, la intervención de éstas ha sido relegada con la entrada en vigencia del sistema con principio acusatorio, al paso que se robustecieron las garantías de los inculcados en el proceso penal, se desatendieron los de los perjudicados con el delito.

En tercer lugar, las consecuencias negativas se reflejan en la no credibilidad por parte de la sociedad y en especial de las víctimas en el sistema legal imperante.

⁴⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 979 de 2005, M.P., Jaime Córdoba Triviño. Fundamento jurídico No. 36, reiterado en la C-336 del 9 de mayo de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

En cuarto lugar, no puede excusarse ese tratamiento diferencial bajo el argumento de la implementación de un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, caracterizado por la igualdad de armas.

En ese punto, es necesario acotar que si bien es cierto que la estructura de un sistema acusatorio puro o formal como el anglo-norteamericano y países que recibieron su influencia (Canadá, Australia y otros), la confrontación de partes en igualdad de condiciones (principio que no incluye a la víctima), también lo es que allí se garantiza plenamente su indemnización mediante mecanismos alternos, como son los de acudir a una eficaz jurisdicción civil, o los de llamamiento en garantía en materia de seguros o a compensaciones que realiza el mismo gobierno.

Historiando ese aspecto, téngase en cuenta que a pesar de ser declarados *—no guilty—*, no culpables⁴⁰⁸ Michael Jackson acusado por actos sexuales contra menores, Robert Blake famoso por protagonizar al detective Bareta en los años 70, absuelto por el asesinato de su esposa, fueron condenados en proceso civil a indemnizar con cifras millonarias a la familia de las víctimas; igual trato recibieron los perjudicados en el caso que se ventiló contra O. J. SIMPSON EN el año de 1997⁴⁰⁹.

En Colombia, en cambio, una declaración de absolución en el proceso penal cierra la posibilidad de solicitar el inicio de la audiencia de trámite del incidente de reparación integral. Ahora bien, acudir a la vía procedimental civil probatoria tal como se reseñara anteriormente, es una verdadera quimera teniendo en cuenta que se trata de un proceso ordinario que se dilata de manera injustificada en el tiempo, además de oneroso para el accionante (víctima), sumándosele la dificultad probatoria para demostrar no solamente el daño, sino también el comportamiento antijurídico del sujeto agente.

Aun si se encuentra ejecutoriada la sentencia de condena penal, surge un grave e insuperable dificultad para las víctimas carentes de recursos económicos para promover el inicio de la audiencia de reparación al no

⁴⁰⁸ MUÑOZ NEIRA, Orlando. *Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos*, Bogotá: Legis, 2006, p. 166 (pie de página): “Aunque parezca un tecnicismo ser “no culpable” no equivale a ser “inocente. Es inocente el que no cometió el crimen o lo hizo con una eximente de responsabilidad, pero entre los “no culpables” están aquellos a quienes su responsabilidad no se le ha podido probar más allá de una duda razonable; una cosa es probar la inocencia y otra escapar de la justicia penal “por falta de pruebas”. Por ende todos los inocentes no son culpables, pero no todos los no culpables son materialmente inocentes”.

⁴⁰⁹ Exactamente se le impuso el pago de una suma de treinta y tres millones y medio de dólares.

poder solventar los gastos que le acarrearán una adecuada representación judicial, ante esta situación se puede evidenciar que desisten frecuentemente de promoverla, haciéndose nugatorio ese derecho.

El ordenamiento impugnado ha olvidado en el tema de víctimas, que es la consideración del ser humano como *prius* de todo ordenamiento jurídico, la que ha orientado al constitucionalismo moderno “con la elevación de la dignidad de la persona a la categoría de núcleo axiológico constitucional, y por lo mismo a valor jurídico supremo del conjunto ordinamental”⁴¹⁰.

En quinto lugar, en lo que respecta al tema de Justicia Restaurativa además de ser precaria en el actual código procedimental respecto de los mecanismos para materializarla, se aleja en su regulación del modelo de medios alternativos en la resolución de conflictos ofrecidos por el derecho comparado para viabilizar la justicia consensuada.

En sexto lugar, en el ámbito de la justicia transicional la verdad, la justicia y sobre todo la reparación se han visto frustradas. Es un deber impostergable dotar a la víctima por parte del Estado de un recurso judicial adecuado y efectivo que realice las fórmulas propuestas en la Carta Política, pues resulta loable todo ese marco normativo formal, pero debe soportarse con los medios idóneos para tornarlo real, con el fin de evitar que se conviertan en letra muerta tal como ocurre con los mecanismos de justicia restaurativa, en especial el de mediación, condenado a permanecer en el papel.

De lo dicho, surge que a pesar de haber sido reconocida por vía jurisprudencial la posibilidad de intervención de la persona afectada con el delito o de los perjudicados en todo el proceso, no existe disposición o implementación hasta este momento que permita materializarla, puesto que nada se dijo de su asistencia judicial.

Múltiples mecanismos tendientes a efectivizar la participación de la víctima en el proceso penal nos ofrece el derecho comparado e internacional y, nada impide tal como acontece en países con principio acusatorio como Chile, Nicaragua y Costa Rica, la presencia de la víctima a través de la categoría jurídica de la parte civil desde un primer momento procesal, intervención que se presenta con resultados positivos.

La víctima en reconocimiento de los derechos fundamentales de dignidad humana, igualdad y del acceso a la administración de justicia

⁴¹⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dignidad d la persona como fundamento de sus derechos*, Revista de Derecho Público No. 6, Ed. Universidad de los Andes, 1996, p. 13.

debe ser representada de manera eficiente y real, ¿por quién?, urge definirlo en la menor brevedad posible, porque es inapropiado deducir de la actual norma constitucional (art. 250) que la Fiscalía deba además de su función investigativa con todas las cargas que conlleva, suministrarle un representante jurídico que vele por sus derechos.

Siendo evidente la diferencia profunda del tratamiento otorgado actualmente a la víctima del delito al concedido en legislaciones precedentes, involución que constituye punto central de inflexión que se patentiza desde la evolución alcanzada en el tratamiento que se le brinda en el derecho internacional público de los derechos humanos y en el derecho comparado; convencidos de la necesidad de garantizar un adecuado equilibrio entre los intereses del sujeto pasivo de la acción penal y la salvaguarda de los derechos fundamentales de quienes sufren las consecuencias del delito, se plantea una reformulación en cuanto a la definición de mecanismos de tutela para el resarcimiento de sus derechos, pero esencialmente en la representación judicial de la víctima en el proceso penal, pues el papel de la justicia es el de ser “la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento”⁴¹¹.

Para concluir, en cuanto al marco legal de la justicia transicional para la paz, no deben hacerse concesiones que resulten insostenibles en el derecho internacional, pues lastiman cualquier posibilidad de reconciliación nacional.

⁴¹¹ RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económico, 1995, p. 17.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- AGUDELO BETANCUR, Nodier. *La estructura del delito en el nuevo código penal*, Medellín: Ediciones nuevo foro.
- ALARCON FLORES Luis Alfredo. *Los medios alternativos de solución de conflictos MASC*, alarconflores7@hotmail.com; www.monografias.com
- AMARTYA, Sen. *Desarrollo y libertad*, 10ª reimpresión. Bogotá: Planeta, 2011.
- ÁMBITO JURÍDICO-LEGIS. *La reparación del perjuicio fisiológico genera controversia en la Sección Tercera del Estado*, No. 332, entrega del 17 al 30 de octubre de 2011.
- ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén*, 6ª ed. Barcelona: Debolsillo, 2011.
- ARMENTA, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*; Madrid: Edit. Marcial Pons, 2004.
- ATENCIA, José María; GAVILÁN, Juan; RODRIGUEZ, Agustín. *Iniciación a la Historia de la Filosofía*, 2ª ed., Málaga: Editorial Agora, 1993.
- BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Artículo “*Estructura del Proceso Penal Aproximación al Proceso Penal Colombiano*” del libro *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*; Instituto de Estudios del Ministerio Público; 2006.
- BARBOSA CASTILLO, Gerardo y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Bien jurídico y derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, 1996.
- BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNNET, Eduardo. *El Proceso Penal*, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- BETTIOL, Giuseppe, “*Instituciones de Derecho Penal y Procesal*”, Barcelona, Bosch Casa Editorial, S.A., 1977.
- BIBLIA, Génesis 22:2:10; Éxodo 21:12-24-25
- CAMPOS HIDALGO Héctor. *Reflexiones en torno a la incorporación de estrategias de justicia restaurativa en nuestro país*, cejamerica.org/doc/documentos; Chile.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., septiembre de 2001.
- CARNELUTTI, Francesco citado por: GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio. *La acción civil en el proceso penal colombiano*, Leyer.

- CENTRO INTERNACIONAL DE PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL, consultado 30 diciembre de 2011, www.ictj.org/es/
- CICERÓN, Marco Tulio. *Sobre los deberes*, Barcelona: Altaya, 1994.
- CERÓN ERASO, Leonardo Efraín. *La víctima: "El protagonista desplazado del conflicto penal"*, Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.
- COMPIANI, María Fabiana. *Citación en garantía*, www.cpacf.org.ar/doctrinasinstitutos, consultado 21 enero 2011
- CONCHA, José Vicente. *Tratado de Derecho Penal*, Bogotá: Librería Americana, 1907.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Ediciones Desalma, 1993.
- . *Estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil*, Serie Clásicos del derecho procesal civil, vol. 2, México: Editorial Jurídica Universitaria, 2001.
- CHILD RIGHT INTERNATIONAL NETWORK. *¿Qué son los mecanismos de derechos humanos regionales?*, www.Crin.org/español/RM/introducción, consultado 7 de marzo 2010.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*, Serie Clásicos del derecho procesal civil, vol. 4, México: Editorial Jurídica Universitaria, 2001.
- CHOMSKI, N. *On power and ideology*, Boston: South End Press, 1987, citado por GONZÁLEZ IBÁÑEZ, Joaquín, Introducción: el valor político de la educación, "Derecho a la educación y ciudadanía democrática. El derecho a la educación como desarrollo constitucional del Pensamiento Republicano Cívico". Edición digital.
- DE CUPIS, Adriano, "El daño", Barcelona-España. Bosch, 2ª ed., 1975.
- DEL POPOLO, Juan H., "Psicología Judicial", Mendoza-Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1996.
- Diccionario de Filosofía*, Bogotá: Editorial Panamericana, 2000.
- Diccionario de la Real Academia Española*, 20ª ed., Madrid, 2000.
- DOMÍNGUEZ Antonio Severino. *Conceptos fundamentales de victimología*, consultado 12 enero de 2007. www.institutodevictimologia.com
- DUSSICH, John. *Nuevas tendencias victimológicas*, artículo de 2007
- English and Spanish Legal Dictionary*, presentación en línea.
- FATTAH, Ezzat. *A victime, est-elle occupable?* Canadá: Les presses de Université d Montreal, 1971, citada por RODRIGUEZ MANZANERA, Luis.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La dignidad d la persona como fundamento de sus derechos", Revista de Derecho Público No. 6, Ed. Universidad de los Andes, 1996.

- FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, Bogotá: Leyer, 2008.
- FERRI, Enrique, “*Sociología Criminal*”, Bogotá: Leyer, 2007.
- FERRI, Enrico, *Sociología Criminal*, Ed. Centro Editor de Góngora, Madrid, citado por MAIER,
- FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison. *Mediación, Resolución de conflictos sin litigio*, 1ª reimpresión, Grupo Noriega Editores, 1996.
- FUNDACIÓN SOCIAL. *Los Derechos de las víctimas en los procesos de justicia transicional*, Bogotá: Edit. Géminis, 2005.
- GALLO Héctor. *El sujeto criminal*. Universidad de Antioquia, 2007.
- GARCIA PABLOS-DE MOLINA, Antonio. *Criminología, Una introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas*, 3ª ed., Valencia-España: tiran lo Blanch libros, 1996.
- GARCÍA, José Gabriel, tomado de: www.criminologiaweb.hostrocket.com/victimologia.htm.
- GARÓFALO, Rafael. *Indemnización del delito*. Madrid: La España Moderna, citado por RODRIGUEZ MANZANERA LUIS. “*Victimología*”, México: Porrúa, 1988.
- GARRIDO, Vicente. *Perfiles Criminales*. Barcelona: Ariel, 2012.
- GÜNTHER, Kaiser. *Estudios de psicología criminal*, Madrid-España: Espasa, vol. XVII, 1983.
- HEGEL, G.W.F. *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Madrid: libertarias/Prodhufi, 1993.
- HERNÁNDEZ, José. *Martín Fierro*. Bogotá: La Oveja Negra, 1982.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Bogotá: Skla, 2010.
- HUME, David. *Tratado de la Naturaleza Humana*. México: Editorial Porrúa, 2005.
- JAHNKE, B. *Volkmord, StrafgesetzbuchLeipzigerKommentar*, Berlin, citado por FERNÁNDEZ PACHECO ESTRADA, Cristina. *El genocidio en el derecho penal internacional*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.
- JOINET, Luis, *Informe final acerca de la cuestión de violaciones de los derechos humanos*, Naciones Unidas, 1997
- KANT, Immanuel, “*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*”, versión en línea, consultada el 18 de enero de 2012.
- KAISER, Günther, *Estudios de psicología criminal*, Edit. Espasa, Madrid-España, volumen XVII, 1983.
- KILPATRICK, Dean and BEATTY, David and HOWLEY, Susan Smith. *The rights of Crime Victims – Does Legal Protection Make a Difference?* U.S.

- Department of Justice- Office of Justice Programs, National Institute Of Justice, December, 1998.
- LARA PEINADO, Federico, *Código de Hammurabi*, Madrid, Editora Nacional, 1982.
- LE TORNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil*, Bogotá. Legis, 3ª reimpresión, 2010.
- LEMKIN, Raphael. “*Genocide as a crime under international law*”. En: *American Journal of Internacional Law*, vol. 41, No. 1, 1947, citado por GIL GIL, Alicia. Madrid: Tecnos, 1999.
- LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*, Barcelona: Orbis, 1983.
- LÓPEZ MORALES, Jairo. “*Perjuicios morales*”, Bogotá: Doctrina y Ley, 1997.
- LUBAN, David. *Una teoría de los crímenes contra la humanidad*, Bogotá: Edit. Temis, 2011.
- MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal*, T. II, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.
- MARCHIORI, Hilda. *Criminología. La víctima del delito*, México: Porrúa, 2008.
- MARIANETTI, José Enrique; MEJÍA, Omar y MOLES, Patricia. *La Pericia Psicológica*. 1ª reimpresión. Argentina: Ediciones jurídicas cuyo, 2003.
- MARTINEZ RAVE, Gilberto. *Procedimiento Penal Colombiano*, Bogotá: Temis, Octava Ed., 1994.
- MENKE, Christoph y POLLMAN, Arnd. *Filosofía de los Derechos Humanos*, Barcelon: Herder, 2010.
- MORENO CATENA, Manuel. *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.
- MUÑOZ NEIRA, Orlando. *Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos*, Bogotá: Legis, 2006.
- NAVIA ARROYO, Felipe. *Del daño moral al fisiológico ¿una evolución real?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- NEUMAN, Elías. *Victimología Supranacional: El acoso a la soberanía*, Buenos Aires: Editorial Universidad, 1995.
- NIEVES Héctor, *El comportamiento culpable de la víctima*, Universidad de Carabobo, Venezuela, 1973, citado por RODRÍGUEZ MANZANERA.
- OLÁSOLO, Alonso. *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011
- OSORIO ISAZA, Luis Camilo y MORALES MARÍN, Gustavo. *Proceso Penal Acusatorio*, Ediciones Gustavo Ibáñez, Bogotá: 2005.
- OSSORIO, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*; Buenos Aires-Argentina: Heliasta, 1982.

- PÁGINA DE LA ORGANIZACIÓN ESTADOS AMERICANOS. *Documentos Básicos de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*”, consultada el 18 de junio de 2012.
- RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011.
- RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*, 2ª ed., México: Fondo de Cultura Económico, 1995.
- REYES ECHANDIA, Alfonso. *Derecho Penal*, Bogotá: Temis, 1990.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Victimología*, México: Porrúa, 2005.
- RODRÍGUEZ DEvesa, José María. *Derecho Penal Español, Parte General*. Madrid: Dykinson, 1995.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Edit. Civitas, 1997.
- SÁBATO, Ernesto. *La Resistencia*, Buenos Aires: Planeta, 2012.
- SARAMAGO, José. *Caín*, Bogotá: Alfaguara, 2009.
- SEHER, Gerhard. “La legitimación de las normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”. En: *La teoría del bien jurídico y el concepto del daño*, En *La teoría del bien jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2007.
- SHAFFER. “*The Victim and his Criminal. A Study in functional responsibility*”, New York, 1968, citado por GARCÍA PABLOS DE MOLINA Antonio, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- SORIA VERDE, Miguel Ángel y SAÍZ ROCA, Dolores. *Psicología criminal*, Madrid: Pearson educación S.A., 2005.
- SPRINGER, Natalia. Artículo “*Desactivar la guerra (otra vez)*”, El tiempo, lunes 2 de enero de 2012.
- TARUFFO, Michelle. *La prueba de los hechos*, 2ª ed. Madrid: Trotta, 2005.
- TKACZUK, Josefa. *Daño Psíquico*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2001.
- UMBARILA RODRÍGUEZ, José Ignacio, “*Mecanismos De Justicia Restaurativa Como Técnicas De Negociación*”, En: “El Proceso Penal Acusatorio Colombiano”, Autores Varios, Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2006.
- UMBARILA RODRÍGUEZ, José Ignacio. “¿Quién representa a la víctima en el nuevo proceso penal?”. En: *Mecanismos judiciales y administrativos de protección de sujetos vulnerados*, Cátedra de Investigación Científica del Centro de Investigación en Política Criminal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- VON LISZT, Franz. *La idea de fin en el derecho penal*, México: Universidad Autónoma, 1994, versión en línea.
- Sites.google.com/site/mimundolasleyendas/.../los druidas, consultado 6 de agosto de 2010.

(Servicio Justicia y Paz Ecuador).www.serpajorg.ec/es/node/274).

VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*, T. III, Bogotá: Edit. Temis, 1986.

VOLATIRE, François Marie Arouet. *Filosofía de la Historia*, 2ª ed., Madrid: Tecnos, 2008.

WILLIAMS, S.A. *Issues of Admissibility*, en O. Trifftere (coord.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, pp. 383-394; y HOLMES J.T., *The Principle of Complementary*, en LEE R.S. (coord) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, pp. 41-78, pp. 54-55, citado por OLÁSULO ALONSO, ob. cit

WELZEL, Hans, “*Derecho Penal Alemán*”, Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas del Sur, 1980.

www.coalitinfortheicc.org/mod=drctimelinelubanga, consultado 1 noviembre de 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “*La codificación penal latinoamericana*”, Revista de Derecho Penal No. 9, Leyer, Octubre-Noviembre de 1998.

—. *Manual de Derecho Pena Parte General*, Buenos Aires: Ediar, abril de 2006.

REFERENCIA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Art. 3º

Art. 4º

Art. 93

Art. 122

Art 229

Art. 250

Art. 251

ACTO LEGISLATIVO

03 de 2002

Actas Comisión Constitucional Redactora

06 – 08 – 014 – 016

CÓDIGO PENAL DE 2000 (LEY 599)

Art 2

Art. 9

Art. 63

Art. 64

Código Penal de la Nueva Granada 1837

Código Penal de 1890

Título VI

CÓDIGO CIVIL

Art. 2341 “Responsabilidad extracontractual”

Art. 2347

Código Procedimiento Penal de 2004 (Ley 906)

Art 3

Art. 11

Art. 132

Art. 284

Art. 289

Art. 333

Art. 340

Art. 344

Art. 357

Art. 37|

Art. 522

Art. 523

Código Procedimiento Penal de 1938 (Ley 94)

Título I

Art. 8°

Art. 24°

Art. 28°

Código Procedimiento Penal de 1971(Decreto 409)

Art. 9°

Art. 24

Código Procedimiento Penal de 1987 (Decreto 0050)

Art. 9o

Art. 16°

Código Procedimiento Penal de 1991 (Decreto 2700)

Art. 14°

Art. 43°

Art. 48°.

Art. 56

Código Procedimiento Civil

Art. 396

Título XX. Costas.

LEY 57 DE 1887

LEY 446 DE 1998

Art. 130

LEY 497 DE 1999

Art. 111

Ley 589 de 2000.

Ley 890 de 2004

Art. 4°

Art. 5°.

LEY 941 DE 2005

Art 1°

ART. 2°

LEY 1142 DE 2007

LEY 975 del 25 de julio de 2005

Ley 1257 de 2008

Ley 1448 del 10 de junio de 2011

Art. 1°.

Ley 1474 de 2011

Decreto 2591 de 1991

Art. 25

Código General del Proceso (Ley 1564 del 12 de julio de 2012)

Art. 1°.

Art. 624

Decreto 4760 DE 2005

Art. 5o

Proyecto de Código Penal de 1888

CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIAS

T-012 de 1992
C-543 de 1992
C-293 de 1995
C-277 de 1998
C-228 de 2002
C-578 de 2002
C-916 de 2002
C-004 de 2003
C-591 de 2005
C-823 de 2005
C-979 de 2005
C-425 de 2006
C-454 de 2006
C-209 de 2007
T-188 de 2007
C-408 de 2009
C-488 de 2009
C-052 de 2012
C-228 de 2002
C-004 de 2003
C-740 de 2001
C-1149 de 2001
SU-1184 de 2001
T-1267 de 2001
C-282 de 2002
C-828 de 2010
C-250 de 2011
C-052 de 2012

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL:

Proceso no 34145, M.P. Espinosa Pérez Sigifredo del 13 de abril de 2011.

Concepto 35630, ago. 14/12, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

Casación 33833, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas, 25 de agosto de 2010.

Casación radicado 30862, M.P.: José Leonidas Bustos Ramírez, 10 de marzo de 2010.

Aclaración de voto del magistrado Sigifredo Espinosa Pérez a la sentencia 24817 del 22 de junio de 2006.

Casación 29053, José Leonidas Bustos Ramírez del 5 de noviembre de 2008,

Casación 28693. Junio 10 de 2008, reiterada en Proceso 29891, M.P.: José Leónidas Bustos Ramírez, 8 de octubre de 2008.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, Sentencia de 17 de septiembre de 2008, Rad. 26021

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo:

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia 19031 del 14 de septiembre de 2011, C.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2007, Exp. No. 16.058 (acumulado 21.112), C.P. Enrique Gil Botero y sentencia de 11 de noviembre de 2009, Exp. No. 18.849, C.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Sección Tercera, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, 15 de noviembre de 1990.

REFERENCIA TEXTOS INTERNACIONALES
Y JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS DE LA VÍCTIMAS
EN EL MARCO DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Carta Democrática Interamericana, Asamblea General de la OEA, 11 de septiembre de 2001.

Convención Americana

Art 7°

Art. 63

Convención con respecto a las leyes de la guerra terrestre (la Haya II), 29 de julio del año 1899

Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados

Arts. 26 y 27.3

Art. 53

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Art. 14

Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, adoptada en 1985, OEA, art. 4°.

Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada en Belem do Pará, en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General, art. II.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para, Aprobada el 9 de junio de 1994.

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

Criminal Injury Compensation Act para la Columbia Británica (Canadá).

Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre, Bogotá: 30 abril de 1948, preámbulo.

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (26 de agosto de 1789)

Art. 2°

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, OAS Res. XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948), reimpresso en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/IL82 doc.6 rev.1 p. 17 (1992). Artículo XVIII. Derecho de justicia.

Declaración Universal Derechos Humanos 1948

Preámbulo

Declaración Sobre Principios Fundamentales De Justicia Para Las Víctimas De Delitos y Del Abuso De Poder /1985

Literal A

Art. 1º

Art. 2º

Art3º

Literal B

Art. 18º

Art. 19º

Art. 20º

Art. 21º

Literal C

Art. 1º

Art. 2º

Art. 3º

Art. 4º

Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.

Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz, aprobada el 13 de septiembre de 1999

Documento Día Internacional del Derecho a la Verdad en relación con Violaciones Graves de los Derechos Humanos y de la Dignidad de las Víctimas

Estatuto de Tribunal militar internacional de Núremberg, adoptado el 6 de octubre de 1945.

Art. 1º

Art. 6(c)

8

Estatuto para El Tribunal Internacional De Ruanda

Art. 14

Art. 21

Estatuto de Roma

Art 17.2.a.b.c. y 3.

Art 30

Art 31

Art. 68

Ar 75

Art. 79

Estatuto de la CIDH, art. 18 literal g y Reglamento de la CIDH 28 de octubre de 2009, art. 53.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, adoptado por el Consejo de Seguridad.

Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, 61º período de sesiones, tema 17 del programa provisional del 18 de febrero de 2005.

Manual sobre el uso y aplicación de la Declaración, publicado en 1998.

Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos

Art. 9o

Art. 14

Página Corte Interamericana, “texto informativo sobre el Sistema Interamericano, presentación de denuncias, realización de consultas a la Corte y visitas a la sede del Tribunal”, versión *on line*, 18 de junio de 2012

Principio y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005

Reglamento CIDH, art. 31

Reglas de Procedimiento y Prueba Tribunal ex Yugoslavia, aprobadas en 1994.

Art. 22

Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre los Principios Básicos de utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal,

Resolución 1996/119- adoptado por la Subcomisión de Discriminaciones de las Minorías de la COSIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA NACIONES UNIDAS, Informe Final:

Art. 41

Art. 42

Corte Interamericana, Caso Manuel Cepeda Vargas contra Colombia, Sentencia del 26 de mayo de 2010, Serie C No. 213

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Barrios Altos vs Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Voto concurrente del juez A.A. Cancado Trindade.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bámaca Velásquez, del 25 de noviembre de 2000

Corte Interamericana”. *Los Derechos de la víctimas en los procesos de justicia transicional*”, Caso Paniagua Morales y otros. Sentencia 8 de marzo de 1998, citado FUNDACIÓN SOCIAL; Edit. Géminis, Bogotá: 2005.

Corte I.D.H., *caso Cantos vs Argentina*, Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C. No.97, párrafo 50.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Caso de la Masacre de Mapiripán vs Colombia*”, Sentencia 15 de septiembre de 2005.

Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, punto 124

Corte I. de D.H., *Caso trabajadores del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú*, sentencia de 30 de noviembre de 2007, (solicitud de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), voto disidente del juez A.A. Cancado Trindade, II ***El ejercicio del Control de Convencionalidad***.

Comunicación No. 711 de 1996, *Carlos Díaz Vs. Angola* (observación adoptada el 20 de marzo de 2000), en UN doc. GAOR, A/55/40 (Vol II), p. 106, párr. 8.3 citado por NACIONES UNIDAS, *SERIE DE CAPACITACIÓN PROFESIONAL No. 9 DERECHOS HUMANOS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*, Nueva York y Ginebra, 2003, p. 4.

Comunicación No 195 de 1985, *W. Delgado Vs. Colombia*. (observación adoptada el 12 de julio de 1990) en UN doc. GAOR, A/45/40 (vol. II), p. 47, párr. 5.5. citado ibídem.

Informe No. 36/00, caso 11.001, masacre “Caloto”, Colombia, 13 de abril de 2000. Recomendaciones al Estado colombiano:

Informe 105 de 2005, caso 11.141, Masacre Villatina Colombia.

Centro Internacional para la justicia Transicional.

TPIR, *Fallo el Fiscal c. Juan Paul Akayesu*, 2 de septiembre de 1998, parr. 497

REFERENCIA DERECHO COMPARADO

Código Penal Español de 1995

Art. 125

Art. 126

Código Penal de la Nación Argentina de 1984

Título IV

Código de Procedimiento Penal italiano.

Art. 75

Código Procesal Penal de la Nación Argentina promulgado en 1991

Art. 14

Art. 15

Art. 16

Art. 17

Código Procesal Penal de Chile

Art. 108

Art. 109

Art. 261

Art. 324

Art. 325

Art. 349

Código Procesal Penal de Costa Rica

Art 7

Art 20

Art 79

Art 80

Art 118

Art119

Código Procesal Penal del Perú (Decreto Legislativo 957)

Art. 11.

Código procesal Penal del Salvador

Art 17

Art 28

Código Orgánico Procesal Penal (Venezuela)

Art. 49

Ley de Enjuiciamiento Criminal Español

Art. 107

Art. 108

Art. 110

Art. 111

Art 112

Esta obra se terminó de imprimir
el 21 de mayo 2013
en los talleres gráficos de
GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
Carrera 69 N° 36-20 Sur
Teléfonos: 2300731 - 2386035
Bogotá, D.C. - Colombia

NOTA

COMPENDIO DEL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO Y DE LA VIOLENCIA

Constitucionalización internacional de sus derechos.
Imbricación con el derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho penal internacional y derecho comparado. Énfasis en el sistema penal acusatorio, recursos ante organismos internacionales, jurisprudencia internacional.

Este trabajo investigativo tuvo inicio con el cambio de paradigma provocado en todo el ordenamiento jurídico nacional con la entrada gradual del sistema procesal oral; inicialmente con la Ley 906 de 2004 (actualmente en lo laboral, familia, en lo contencioso administrativo desde julio de 2012, por último con el código general del proceso) en la que se advertía una serie de omisiones legislativas en perjuicio del recurso judicial efectivo de las víctimas, su intervención se tornaba anodina, todo esto muy a pesar del cambio que se generó como respuesta en busca de romper con un sistema que se mostraba caduco frente a los nuevos retos de una delincuencia evolucionada y a las demandas de los afectados con el delito.

Fragmento extraído de la Introducción de esta obra.

ISBN: 978-958-749-257-6

