

**LAS VICTIMAS EN EL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO EN
COLOMBIA**

JUAN CARLOS ALZATE FRANCO

EDGAR SIERRA GUERRERO

JULIO CESAR MENDEZ BERNAL

CHEILA JULISSA TRUJILLO

**UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE POSTGRADOS
AREA DE DERECHO
ARMENIA QUINÍO
2006**

**LAS VICTIMAS EN EL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO EN
COLOMBIA**

JUAN CARLOS ALZATE FRANCO

EDGAR SIERRA GUERRERO

JULIO CESAR MENDEZ BERNAL

CHEILA JULISSA TRUJILLO

**Trabajo de Postgrado para optar al título de
Especialistas en Derecho Probatorio Penal**

Directores

DR. CARLOS ALBERTO VARELA
Asesor Temático

DR. CARLOS ALIRIO FLÓREZ
Asesor Metodológico

**UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE POSTGRADOS
AREA DE DERECHO
ARMENIA QUINÍO
2006**

Nota de aceptación

Presidente del jurado

Jurado

Jurado

Armenia, 17 de abril de 2006

*A nuestras familias,
con todo nuestro amor
de quienes recibimos
todo su apoyo y
consideración en este
trabajo*

AGRADECIMIENTOS

Los autores de este trabajo expresan sus más sinceros agradecimientos a:
Doctor Carlos Alberto Varela, Abogado especialista en Derecho Penal y Director De la Investigación, por sus valiosas orientaciones y aportes, Doctor Carlos Alirio Flórez, Asesor Metodológico, por sus meritorias contribuciones como guía en el camino investigativo.
Doctor Hernán Cruz, Coordinador del Programa de postgrado en Derecho Probatorio Penal en la Universidad La Gran Colombia, por su constante motivación en este trabajo.

RESUMEN

El tema expuesto en este trabajo del rol de las víctimas en el nuevo Sistema Acusatorio, muestra como tras un cambio de sistema penal en Colombia, la ley propende por dar un nuevo y diferente tratamiento a las víctimas, dentro del proceso penal, pero que, en últimas por diferentes circunstancias, tales como, la poca designación de recursos para la justicia y la falta de preocupación por el Estado, resulta solo siendo un bonito enunciado sin eficacia y eficiencia.

Tras la implementación del nuevo sistema, las cosas siguen siendo iguales, pues no se han creado los verdaderos mecanismos, para que las víctimas de los delitos reciban del Estado una verdadera atención, una pronta justicia y una reparación real de los perjuicios.

Para el fácil entendimiento, se inició el trabajo con una introducción acerca de la definición y alcance de las víctimas en la ley penal y luego se desarrollaron tres grandes capítulos denominados, inferencia legal de las víctimas; la víctima a la luz de la actual normatividad penal; alcance y lineamiento del nuevo sistema penal y las víctimas; los cuales tratan en profundidad como la nueva normatividad cambia su articulado para enmarcar el rol de las víctimas. A renglón seguido se realizan críticas y comentarios acerca de su posible aplicación real y efectiva y sobre todo que cambios son trascendentales en este nuevo Sistema Acusatorio. De igual forma se acude al Bloque de Constitucionalidad y a otras leyes nuevas como la ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) para realizar algunas comparaciones. Finalmente se hace uso de la doctrina nacional y extranjera para realizar enfoques precisos sobre el tema tratado y llegar a algunas conclusiones.

Es nuestro deseo que al terminar la presente investigación se haya logrado ilustrar a fondo sobre el verdadero rol de las víctimas en el proceso penal colombiano.

SUMMARY

The topic exposed in this work of the list of the victims in the new accusatory system, shows like after a change of penal system in Colombia, the law looks for to give a new and different treatment to you kill them, inside the penal process, but that, in last for different circumstances, such as, the little appointment of resources for the justice and the lack concern for the State, is alone being a beautiful one enunciated without effectiveness and efficiency.

After the implementation of the new system, the things continue being same, because the true mechanisms have not been implemented, so that you kill them of the crimes they receive from the State a true attention, a prompt justice and a real repair of the prejudices.

For the easy understanding, the work began with an introduction about the definition and the victims' reach in the penal law and then three big denominated chapters, the victims' legal inference were developed; the victim by the light of the current penal norms; reach and limit of the new penal system and you kill them; which try in depth like the new legislation changes its articulate one to frame the list of you kill them. To followed line they are carried out you criticize and comments about their possible real and effective application and mainly that changes are important in this new accusatory system. Of equal he is formed he goes to the block of constitutionality and other new laws as that of justice and peace (law 975 of 2005) to carry out comparisons. Finally it is made use of the national doctrine and foreigner to carry out precise focuses on the treated topic and to reach conclusions.

It is our desire that has been possible to thoroughly illustrate on the true list when finishing the present investigation of you kill them in the Colombian penal process.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	12
1. INFERENCIA LEGAL DE LAS VICTIMAS	17
1.1. ANTECEDENTES	17
1.2. EL DERECHO COLOMBIANO	21
1.3. APLICABILIDAD	26
1.3.1. Con relación al concepto de reparación del daño	26
1.3.2. Su participación en el proceso penal	28
1.3.3. Verdad y Justicia	28
1.4. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	26
1.4.1. Los derechos de la víctima de un hecho punible en el derecho comparado	32
1.5. CAMBIOS FRENTE AL SISTEMA	36
1.6. ATENCIÓN Y PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS	35
1.7. GARANTÍA DE COMUNICACIÓN A LAS VÍCTIMAS	36
1.8. INTERVENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA ACTUACIÓN PENAL	36
2. LA VÍCTIMA A LA LUZ DE LA ACTUAL NORMATIVIDAD PENAL	38
3. ALCANCE Y LINEAMIENTO DEL NUEVO SISTEMA PENAL Y LAS VICTIMAS	115
3.1. DERECHOS Y GARANTÍAS SUPRANACIONALES	122
3.1.1. Los derechos de las víctimas del delito en el derecho internacional y en el derecho colombiano	115
3.1.2. Ayuda humanitaria a las víctimas	125
3.1.3. Las obligaciones internacionales del Estado y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación	126
3.2. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD	132
3.2.1. El concepto de Bloque de Constitucionalidad	133

3.2.2. Normas Integrantes del Bloque	134
3.2.3. Eficacia específica del bloque de constitucionalidad en relación con el nuevo proceso penal	136
3.2.4. Aplicación práctica del bloque de constitucionalidad en asuntos procesales penales por la Corte Constitucional, relacionados con la protección a las víctimas	139
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	147
BIBLIOGRAFÍA	151

GLOSARIO

Víctimas: para efectos penales, nuestro código de procedimiento penal las define como aquellas personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia de un injusto penal.

La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con éste.

Indemnización: Es la acción de resarcir un daño o perjuicio ocasionado a una víctima.

Indiciado: persona de quien se presume o se cree, es la autora o participe de un delito.

Imputado: persona capturada en flagrancia o a quien se le formulan cargos sobre la comisión de un delito.

Acusado: persona que ha sido llamada a juicio.

Incidente de reparación integral: actuación que busca la reparación integral de los daños causados con la conducta criminal.

Justicia restaurativa: proceso mediante el cual la víctima y el imputado, el acusado o el sentenciado, participan conjuntamente en la búsqueda de la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.

Conciliación preprocesal: es un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal en los delitos querellables, esto es, debe de procurarse la resolución de conflictos entre las partes, antes de iniciar un proceso penal.

Medidas cautelares: son aquellos mecanismos mediante los cuales se restringe temporalmente el derecho de propiedad sobre los bienes del imputado o acusado a fin de proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito.

Comiso: es la figura que extingue la propiedad sobre los bienes que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados al uso en delitos dolosos.

Tercero civilmente responsable: es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado.

Oralidad: es una de las características principales de los sistemas acusatorios que propende por que la actuación sea en forma oral, es decir, todo se expresa con la boca o con la palabra.

Principio de publicidad: norma rectora que permite que toda actuación procesal sea de conocimiento de todas las partes y de los medios de comunicación y la comunidad en general.

INTRODUCCIÓN

Históricamente el rol de las víctimas en el sistema penal ha sido poco reconocido por no decirlo que totalmente inexistente. Los regímenes procesales han dedicado largos años a desentrañar los orígenes del delito, siempre encaminados hacia un mismo objetivo, esto es, la imposición del castigo, analizando y queriendo encontrar una explicación en la persona del delincuente, quien es en primera instancia el centro de atención y en un plano no menos lejano su entorno social.

No es difícil hallar literatura relacionada con prosaicas descripciones sobre la criminalidad, criminalística y criminología, que conducen todas a una amplia definición y descripción del delito, el delincuente y las penas, pero pocas veces se dedican espacios suficientes a reflexionar sobre las graves implicaciones que íntimamente tocan a la víctima. Es mas, las pocas veces en donde se analiza la calidad de víctima, solo se hace como referencia necesaria para la tipificación del delito y las consecuencias de la pena.

Definitivamente han sido las organizaciones internacionales, las ONG, las agrupaciones privadas, los claustros universitarios y las instituciones sociales menos favorecidas, quienes han cosechado las tesis y preceptos garantistas en defensa de los derechos humanos, extendiendo su filosofía hacia las comunidades latinoamericanas y en general a gran parte del mundo occidental, pese a los grandes inconvenientes generados por la esclavitud intelectual, espiritual y porque no decirlo social.

Por otra parte la necesidad que tienen los Estados de avanzar hacia un mundo moderno -quienes para lograr su propósito se apoyan en las potencias económicas mas poderosas-, cambian aparentemente o transfiguran su conservador pensamiento represor, para tratar de ajustarse a macro políticas en pro del desarrollo social, fundado en el respeto de la dignidad humana; optando por hacer como suyos, convenios y tratados en esta materia, pero que, pese a su riguroso contenido, implicaciones jurídicas, fuerza vinculante e imponente toque normativo internacional -bloque de constitucionalidad- terminan siendo letra que por no decir muerta es poco conocida, difundida y por ende inaplicable en la gran mayoría de los Estados miembros.

Así las cosas, es evidente que los países que hasta ahora pretenden aplicar un supuesto modelo procesal penal transparente y garantista, no cuentan con los elementos esenciales para lograrlo, como son un gobierno con voluntad de

cambio y el deseo de justicia social, unos dirigentes con suficiente preparación intelectual y disposición mental hacia la equidad y el respeto del colectivo, unas bases éticas sólidas en los gobernantes que permitan frenar la descomposición social generada por el hambre y la miseria y sobre todo un sentimiento profundo de nacionalismo en todos los ciudadanos.

Es importante cuestionarse si Colombia está ubicada dentro de estos Estados y si el sistema penal ahora impuesto, no es más que un remedo de otras legislaciones que se acogen a los imperativos de naciones imperialistas que predicán ser arduas defensoras de los derechos humanos. Como también cabe preguntarse si el sistema penal acusatorio ha entrado en vigencia en una etapa histórica poco recomendada, tratando de justificar su imposición en la dignificación del proceso penal y haciendo alarde de la defensa del debido proceso y la protección de las víctimas del injusto penal; o si por el contrario era una necesidad sentida de un Estado que se estaba desangrando por la criminalidad y la falta de herramientas efectivas y eficaces para erradicarla.

De igual forma es válido preguntarse si es aceptable predicar que uno de los avances de un sistema procesal sea la inclusión de derechos y garantías para las víctimas, o más bien vale pensar que es un retroceso que se tenga que elevar a norma, un derecho fundamental e innato, para poder ser reconocido por el mismo Estado, que de hecho debe su nacimiento entre muchos por y para ese propósito.

No admite contradicción alguna el hecho de que las víctimas han existido desde la misma creación del hombre y que sus derechos son también innatos y no necesitan ser elevados a categorías normativas para que sean reconocidos. Por tal motivo no se hace imprescindible que debe ajustarse un sistema de leyes a un determinado sistema procesal penal, llámese de cualquier forma, mixto o acusatorio; para poder reconocer en un proceso penal las garantías de las víctimas, pues para ello solo basta hacer uso de la simple lógica para saber como brindar tales garantías y derechos; de ahí en adelante solo se necesita voluntad y compromiso, pues no se puede evolucionar en el derecho si no se evoluciona moral y socialmente.

El propósito de la presente monografía es presentar las nuevas disposiciones legales que a la luz del nuevo sistema penal acusatorio, ha incorporado el Estado Colombiano en el Derecho Procesal Penal, referentes a los derechos y garantías de las víctimas del delito, para entrar a detallar su verdadero alcance normativo y analizar sin sesgo alguno la practicidad de las garantías y derechos presentados como innovaciones por los legisladores; para finalmente generar inquietudes intelectuales en tan importante tema.

Para efectos de un mejor entendimiento del trabajo propuesto, se dedicará un primer capítulo a la inferencia legal de las víctimas, haciendo un recuento bibliográfico e histórico de sus acepciones y desarrollo práctico. Luego se relacionará en el capítulo segundo, la víctima a la luz de la actual normatividad penal, ubicando cada uno de los artículos que hacen referencia a las víctimas en la ley 906 de 2004, y efectuando a renglón seguido y de acuerdo a su contenido, un comentario o análisis personal con base a referencias

bibliográficas y normativas -bloque de constitucionalidad- sobre la materia y acudiendo también a la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado. Posteriormente en el capítulo tres, nos ocuparemos de los alcances y lineamientos del nuevo sistema penal acusatorio y las víctimas, para finalmente en un último capítulo se harán las conclusiones y recomendaciones generales.

1. INFERENCIA LEGAL DE LAS VICTIMAS

1.1 ANTECEDENTES

Al remontarnos desde la prehistoria del hombre, se puede señalar que el tema de las víctimas es tan antiguo como la existencia del hombre en el planeta, y la Biblia, en la cultura cristiana occidental, señala como primera víctima del homicidio a Abel, quien fue muerto por su hermano Caín. Este pasaje Bíblico aclara la cosmovisión de la víctima que se repite en muchas páginas de la Biblia. En concreto se reitera la preferencia divina hacia la víctima, que no se subleva contra el victimario y no le contesta en el mismo sentido.

La criminología, desde sus mismos inicios, se preocupó solamente por remediar el hecho delictivo en la persona del infractor; esto es, del delincuente, olvidando la real situación de la víctima, sus presunciones, sus expectativas frente al mismo hecho.

Vale reseñar los valiosos aportes de los grandes estudiosos criminológicos positivistas, encabezados por Lombroso, Ferri y Garófalo.

Lombroso, en primer lugar, habla de la necesidad de indemnizar a las víctimas por parte del Estado; Ferri acusa en sus obras el olvido lamentable tenido para las víctimas en los estudios criminológicos y científicos de la criminalidad y establece que, en vez de la pena de prisión, se sustituya por la reparación del daño a la víctima, argumento visionario para la época y de hondas repercusiones en lo que hoy llamamos prevención del delito.

Rafael Garófalo, al igual que Lombroso, dedica una obra a la "indemnización a las víctimas del delito", cuya vigencia es reconocida todavía en algunos lugares del mundo.

Al estudiarse la victimología desde la década de los cuarenta, se han venido manejando dos posiciones con respecto a su abordaje; una, encabezada por Benjamin Mendelsohn, que estudia a todo tipo de víctima, desde la afectada por una catástrofe natural hasta la vulnerada en sus derechos fundamentales por parte del Estado; por otro lado el estudio de Frederick Wertham (1949) enfatiza a la víctima únicamente en la ocurrencia de un delito que es lo que se denomina victimología penal.

La posguerra impulsa a muchos pensadores a reconsiderar el valor de las acciones criminológicas, que a lo largo de los años olvidaron a la víctima, rescatando sus derechos y apropiando un conjunto de obras que pudiesen dar forma a este aspecto de vital importancia en el desarrollo de los derechos penales de todos los países.

Es así como se han desplegado diferentes acciones en este campo, con importantes investigaciones que han contribuido a la búsqueda de alternativas de cambio en el estudio de la victimología:

- Realización de ocho conferencias iniciadas en la ciudad de Jerusalén en 1973, en colaboración especial de Israel Drapkin, chileno pionero en las investigaciones sobre victimología y por lo demás afectado de la situación política de su país, en ese entonces por causa de los regímenes militares.
- Creación de la World Society of Victimology en Munster, 1971.
- Iniciación de investigaciones en varios países del mundo sobre el tema, incluidos cientos de artículos en diversas publicaciones, además de la inclusión de datos sobre muestreos en los que se incluyen a las víctimas como parte de las estadísticas criminales.
- Creación de centros de tratamiento para víctimas y hogares para mujeres maltratadas. "El primer centro de Víctimas de violación surge en el Reino Unido en 1976 y luego en Chile en 1987" (Primer congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica), como parte de la asistencia real y oportuna a esta problemática.
- El rescate de la víctima en los congresos de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, además de la preocupación sobre la situación de la mujer, en lo que tiene que ver con el maltrato y la violación.
- Declaraciones y Convenciones internacionales sobre temas relacionados a las víctimas, entre los que pueden mencionarse:
- La Convención Europea de 1983 sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos; la Convención de las Naciones Unidas (Asamblea General de 1984) contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la Declaración (Asamblea General 1985) sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder; las Reglas Mínimas de la Justicia de Menores (Asamblea General 1985).

Aplicación de estas normas internacionales en diferentes países, en lo referente a violación de derechos humanos, abuso de poder y leyes reparatorias para víctimas de delitos.

En cuanto a la legislación de auxilio a las víctimas del delito, en el año 1891 el Tercer congreso Jurídico Internacional en Florencia, aprobó la proposición de GAROFALO de instituir un fondo de compensación estatal para asistir a la víctima de ciertos delitos. Prescindiendo de otros muchos datos en Nueva Zelanda, en el año 1963, se formuló un programa importante de compensación a las víctimas de delitos.

En América Latina fue México el pionero en el año 1969. En el Distrito Federal se elaboró y aprobó; por inspiración de SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, Procurador General de Justicia, una ley de protección y auxilio a las víctimas del delito. En su articulado se fija claramente la manera de comprobar el estado económico de las víctimas a las cuales la ley protege. Se logra por medio de un organismo de antigua raigambre en varios estados del país: El Departamento de Prevención y Readaptación social. Se fijan las formas de recaudar los fondos necesarios para el auxilio previsto, sin necesidad de recurrir a imposiciones de los contribuyentes.¹

Cuando hoy se habla de la *víctima*, en el Derecho penal, o del *ofendido*, en el Derecho procesal penal, no sólo se tiene la impresión de ser impulsado por una "nueva ola" político criminal, sino, además de que esa corriente de opinión se ha formado en el mundo moderno, y más aún, de que asistimos a un debate que está comenzando, que de alguna manera no se ha agotado. Y, sin embargo, a pesar de que la impresión es correcta, porque se trata del tema de moda de la política criminal, no se puede decir, sin un estudio del desarrollo evolutivo del sistema penal, que la víctima esté por vez primera en un plano sobresaliente de la reflexión penal. Estuvo allí en sus comienzos, cuando reinaba la *composición*, como forma común de solución de los conflictos sociales, y el sistema acusatorio privado, como forma principal de la persecución penal. La víctima fue desarrollada de ese pedestal, abruptamente, por la inquisición, que *expropió* todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos ; ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución del mundo al *statu quo ante* , o cuando menos, la compensación del daño sufrido; aparecía la *pena estatal* como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central, como instrumento de coacción -el más intenso- en manos del Estado, que lo utilizaba *de oficio* , sin necesidad de una queja externa a él; el conflicto se había "estatizado": de allí que se hable, pleonásticamente, de una "criminalización del Derecho penal", antes bien, del origen del Derecho penal, tal como hoy lo conocemos culturalmente, o, mejor aún, del "nacimiento de la pena" _.

Por mucho tiempo la víctima pasó a ser el convidado de piedra del sistema penal, la reparación desapareció de ese sistema y quedó sólo como objeto de la disputa entre intereses privados, el Derecho penal no incluyó a la víctima ni a la restitución al *statu quo ante* -o a la reparación del daño- entre sus fines y

¹ Antonio Beristain. Nueva criminología desde el derecho penal y la victimología, Editorial Tirant la Blanch, año 1994, pág. 245, 235 a 237.

tareas, y el Derecho procesal Penal sólo le reservó al ofendido, en la materia, un papel secundario y penoso, el de informar para conocimiento de la verdad. Se habla, por ello, de una *expropiación* de los derechos del ofendido, que el mismo Estado de derecho se encargó de legitimar, junto a la forma política del Estado-nación, al erigir a ese Estado en portador del monopolio legítimo de la fuerza y, con ello, en garante de las condiciones de vida pacífica elementales (paternalismo estatal); ni siquiera la idea de protección de bienes jurídicos, que rige de alguna manera en el Derecho penal, sobre todo, la de bienes jurídicos individuales y, aún más, disponibles con un portador físico, por así decirlo, consiguió reservar demasiados ámbitos de poder para la víctima: en que el concepto "bien jurídico", establecido por la doctrina analítica del Derecho penal, servía a la consecución de la anonimidad para la víctima, en tanto la objetivaba, y así el Derecho penal se podía dedicar a su "protección", a la protección de aquello que estaba más allá del daño real provocado a una persona y próximo a la desobediencia, al control de los comportamientos que hacían peligrar la paz jurídica dentro de un determinado sistema de organización social. El conflicto se reducía a la relación Estado-súbdito; en la traducción procesal, persecución estatal-imputado.

Fue el positivismo criminológico el que rescató la cuestión de una manera impropia, cuando, 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 al interés de la víctima. La idea se frustró, al parecer por ese empecinamiento del positivismo criminológico en socializar al extremo las instituciones, de transformarlas en funciones estatales, sin advertir -otra vez- los intereses privados en juego y la justicia de su defensa personal. Sin embargo, como en otras áreas, no fue poco lo que quedó tras de sí, al abandonar el positivismo criminológico la escena del Derecho penal.

En nuestro Derecho positivo, no sólo quedó la determinación abstracta de la pena por escalas cuyos mínimos y máximos distan bastante entre sí y las medidas de seguridad, sino también su vocación por ingresar la cuestión civil al procesamiento penal (CP, 29 y ss.) que, aun con malos argumentos, provocó una regulación masiva de la acción civil reparatoria, ejercida en el procedimiento penal, por las leyes procesales locales, o la intolerancia de su ejercicio en esa sede. Pero, además, es claro que el problema del daño causado y de su reparación, más el conocimiento de la víctima, juega un papel importante para la *determinación de la pena* concreta (CP, 41) y para la *rehabilitación* (CP, 20 ter) y, en materia estrictamente procesal, para la admisión del ofendido como querellante (acusador conjunto) en los delitos de acción pública (CPP nacional, 170; ver, también, CP, 72, II).

Como precursores del estudio de las víctimas se ha mencionado a Hans Von Heting, que quien publicó en 1948 *El criminal y sus víctimas*, en Norte América, y a *Benjamín Mendhelshon*, en Rumania, quien por primera vez utilizó el vocablo *victimología*. Lo siguen muchos tratadistas (entre ellos Henry Ellenberguer en Canadá, Jean Graven en suiza, Stefer y Margarery Fry en Inglaterra, Israel Drapikin en Israel) que se han encargado de hacer conocer la

nueva disciplina y que cada tres años organizan simposios y congresos internacionales sobre la materia. Han sido importantes la declaración de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre “Los principios fundamentales de justicia para víctimas de delitos y abusos de poder” aprobada el 29 de noviembre de 1985 mediante la cual se recomendó la necesidad de promover en todos los Estados la protección a las víctimas de los delitos de y del abuso de poder. En Estados Unidos se aprobó el 12 de octubre de 1982 la ley de protección a las víctimas de delitos y testigos del hecho. Se complementó con una ley de julio de 1983 que impuso determinadas obligaciones a las instituciones judiciales en beneficio de las víctimas.

La resolución 4034 de las Naciones Unidas anuncia los principios rectores y generales de la criminología que debe aplicarse en los estados que hacen parte de la ONU, sobre el acceso a la justicia y un trato justo en los mecanismos procesales encaminados al resarcimiento de los daños, la indemnización de los perjuicios y la asistencia de las víctimas. La dignidad humana de las víctimas exige, al igual que la del procesado, un tratamiento justo y acorde con la naturaleza humana. A ella se le ha violentado, desconocido sus derechos y, por tanto merece un trato adecuado a su condición de afectada. Por eso se consideran como sus derechos indiscutidos:

- a) Principio de compasión y respeto
- b) Principio de acceso a la justicia
- c) Principio de reparación integral
- d) Principio de información de sus derechos y garantías sustanciales y procesales
- e) Principio de ser escuchado en el proceso
- f) Principio de protección a su intimidad
- g) Principio de simplificación y facilitación procesal
- h) Principio de restitución de lo indebidamente sustraído o violentado

1.2 EL DERECHO COLOMBIANO

- La víctima de los delitos en la Constitución de 1991. Observamos con complacencia cómo la Constitución de 1991, dio un mayor protagonismo a las víctimas y consagró nuevos mecanismos para la protección de sus derechos.

Expresamente menciona el restablecimiento del derecho y la forma de lograr la compensación por los perjuicios ocasionados, sin dejarla en el olvido como lo hacía la anterior y reconociendo que la víctima merece la protección del Estado, el cual debe garantizarle el disfrute de todos sus derechos. En caso de estos ser desconocidos o violentados debe proporcionarle los mecanismos y las acciones adecuadas para ser compensada por los daños ocasionados por el desconocimiento o violación de sus derechos.

La constitución de 1991 en su artículo 2º establece, entre los fines esenciales del Estado colombiano, “garantizar la afectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. Más adelante señala que las autoridades de la Republica están constituidas, “para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades...”, consagrada así la obligación del Estado de respetar y hacer respetar los principios y derechos que establece la Constitución, incluyendo entre ellos los de la vida, la integridad, los bienes, la honra, la libertad, la dignidad humana. El artículo 1º de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia consagra en su artículo 1º : “La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado, encargada por la Constitución y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ella, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional”.

El compromiso del Estado no es solo proteger los derechos individuales, sino también los derechos colectivos que puedan ser lesionados o violentados y por ello la Constitución creó las acciones de tutela, de cumplimiento, las populares y de grupo en sus artículos 88 y 89, que fueron reglamentados por las leyes 363 de 1997 y 472 de 1998.

Se dan así las bases fundamentales de lo que llamaríamos la protección a las víctimas de los delitos, pues el Estado reconoce en su Constitución que debe dar seguridad y protección a los titulares de los derechos, sean individuales o colectivos y garantizarlos efectivamente.

Por eso, cuando en su artículo 249 y siguientes la Constitución Política crea un nuevo organismo que denomina *Fiscalía General de la Nación*, dentro de las funciones que le corresponden, incluye las siguientes:

Art. 250 num. 1: “Además, si fuere el caso tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el *restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito*”. Num. 4: “*Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso*”.

Estas normas constitucionales deben entenderse como una rehabilitación del protagonismo de las víctimas de los delitos que en la anterior Constitución no se mencionaba ni se le reconocían como titulares de ningún derecho. Creó así la carta Política tres derechos Constitucionales a favor de la víctima de los delitos:

- a. El restablecimiento del derecho
 - b. La indemnización de perjuicios, y
 - c. Su protección
- La víctima en el Código de Procedimiento Penal Ley 600 de 2000. Cuando todos esperamos que la nueva legislación procesal penal afinaría, concretaría y manejaría en mejor forma los mecanismos de protección a las

víctimas, teniendo en cuenta que el proyecto de Ley había sido presentado por el Fiscal General de la Nación al cual la Constitución de 1991 había confiado la defensa de la víctima de todos los delitos, se retrocedió en relación con el Decreto 2700 de 1991.

El retroceso de la protección a la víctima se puede observar desde la presentación del proyecto donde se hizo alusión a que esas funciones no eran propias de los fiscales. En vez de precisar y aclarar algunas de las normas que no se habían interpretado correctamente, muchas se redactaron en forma confusa dejando su aplicación a diferentes interpretaciones. Sin embargo, como conjunto normativo que desarrolla la Constitución de 1991, en lo relacionado con el trámite que se debe cumplir para la investigación y el juzgamiento de los delitos, debe interpretarse con fundamento en las tendencias constitucionales y en los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos que pretenden fortalecer y mejorar la posición de la víctima en el proceso penal.

➤ *Derechos o facultades reconocidas a las víctimas en el Código de Procedimiento Penal Ley 600 de 2000.* En atención a ese nuevo tratamiento dado a las víctimas y perjudicados por la Constitución, la legislación colombiana le ha conferido entre otras, las siguientes facultades:

a) Posibilidad de querellarse en los procesos que requieren querrela de parte, es decir de desatar la acción penal para iniciar y adelantar la investigación y juzgamiento en determinados delitos. Si la víctima no hace solicitud expresa el proceso penal no se inicia en los delitos querellables (C. de P.P., art. 35).

b) Posibilidad de desistir o poner fin a la acción penal en los procesos iniciados por querrela, en cualquier estado del proceso, o sea que no solo puede desatar la acción penal, sino ponerle fin cuando a bien lo tenga (C. de P.P., art. 37)

c) Solicitar audiencia de conciliación en los delitos querellables o en aquellos que admiten extinción de la acción penal por pago de la indemnización integral para buscar una fórmula de arreglo o solución al conflicto (C. de P.P., arts 41 y 42)

d) Opción de escoger si pretenden la indemnización de los daños y perjuicios ante la jurisdicción civil ordinaria, mediante un proceso ordinario indemnizatorio o ante la manifestación de la jurisdicción penal constituyendo parte civil o esperando la decisión oficiosa del Juez (C. de P.P., art. 45)

e) Posibilidad de constituirse en parte civil en el proceso convirtiéndose en sujeto procesal con todos los derechos y obligaciones de los demás. Cuando la víctima se constituye en parte civil puede, procesalmente, conocer el expediente, intervenir o participar activamente en todas las diligencias incluyendo la audiencia pública, solicitar pruebas sobre la identidad de los autores, de la responsabilidad de los procesados, la clase de los perjuicios ocasionados y su monto, interponer recursos ordinarios y extraordinarios,

denunciar bienes del procesado para que el juez ordene las medidas cautelares, etc. (C.:de P.P.,art. 50)

f) Facultad de solicitar el embargo y secuestro preventivo de los bienes del procesado en cantidad suficiente para garantizar el pago de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con el delito. (C. de P.P.,art. 60) y de recordarle al funcionario judicial su obligación procesal para que lo disponga mediante solicitud concreta y respetuosa a través del artículo 30 del Código de Procedimiento Penal.

g) Facultad de solicitar el comiso de los bienes, objetos, elementos o instrumentos con los cuales se cometió el delito o provenga de su ejecución, para garantizar el pago de la indemnización. Ese comiso está regulado por el artículo 100 del Código Penal y 67 de la ley 600 de 2000, también podrá hacerla directamente en aplicación del artículo 30 del mismo estatuto, cuando el funcionario no la dispone oficiosamente como debería hacerlo.

h) Facultad de solicitar el funcionario penal la cancelación de títulos y registros fraudulentos con los cuales se le han querido despojar de bienes cuyos títulos se deben registrar(C. de P.P.,art. 66). También puede ejercerla a través del artículo 30 cuando el funcionario no la dispone oficiosamente como es su obligación.

i) Facultad de solicitar el embargo especial de bienes sometidos a registros cuando de hayan cometidos delitos en relación con la obtención de los títulos de propiedad correspondientes (C. de P.P.,art. 66 in fine). Igual que las anteriores podrá intentarla a través del artículo 30 si el funcionario o la ordena oficiosamente como debió hacerlo.

j) Facultad de solicitar la restitución o entrega de los bienes u objetos que estén en el comercio y de los cuales ha sido despojado (C. de P.P.,art. 64).

k) Actuar directamente ante funcionario judicial para hacer solicitudes concretas y aportar pruebas, aun sin constituirse en parte civil y sin necesidad de apoderado, especialmente aquellas que de oficio debe ordenar y que no las dispone, según el artículo 30 del Código de Procedimiento Penal.

l) Oportunidad de vincular al proceso penal al tercero civilmente responsable para que le indemnice de los daños y perjuicios ocasionados por la persona que debía cuidar o vigilar, esto es por el procesado o demandándolo independientemente ante la manifestación civil de la jurisdicción ordinaria (C. de P.P.,art. 69)

II) Aportar pruebas. es importante hacer un comentario al artículo 30 del Código de Procedimiento Penal (“Acceso al expediente y aporte de pruebas por el perjudicado”) que menciona no solo al perjudicado si no a la víctima, como personas que adquieren algunos derechos procesales que antes del decreto 2700 de 1991 no tenía. Estos derechos son:

- Solicitar informes sobre el estado en el que se encuentra el proceso. Esta información se refiere a las diferentes etapas en el que se encuadran, las diligencias realizadas, las determinaciones tomadas, etc. Pero fácilmente se puede deducir y en contra de los que parece dar a entender el título del artículo que ni el perjudicado ni la víctima tiene acceso al expediente, no pueden conocer. Solo pueden solicitar informes y hacer peticiones específicas. Es decir, solicitar el cumplimiento de determinadas obligaciones que tiene el funcionario que oficiosamente puede disponer pero que no lo hace, como el embargo y el secuestro de los bienes del procesado cuando el funcionario no lo dispone oficiosamente como es su obligación, o el comiso el embargo especial, o la cancelación de los títulos y registros, etc.
- Derecho aportar pruebas. Esa facultad no lo autoriza para solicitar la práctica de prueba, sino solo para aportarlas. Se discute si solo en relación con las peticiones concretas y específicas que haga o sobre todos los aspectos del proceso como debería ser. Al solicitar el embargo y secuestro la víctima podía aportar los certificados o registros correspondientes que acrediten que los bienes son del procesado. Al solicitar un comiso, la víctima podrá aportar medios probatorios que acrediten que con ese bien, objeto o vehículo se cometió el delito o que provienen de su ejecución, etc. O, según otros se trata de la posibilidad de aportar toda clase de pruebas que comprometan inclusive la responsabilidad del procesado, las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se cumplieron los hechos, etc. Creemos de un concepto amplio que el funcionario debe recibir, recoger y analizar todos los elementos de juicio que le sean posibles, que el perjudicado y la víctima pueden aportar a las pruebas que consideren de interés para el proceso en general y no quedar únicamente reducidas a las solicitudes que hagan. Inclusive, es posible aportar testimonios extraproceso para que el funcionario, si lo encuentra pertinente, ordene su ratificación ante su despacho, para poder evaluarlos procesalmente.

Las solicitudes que hagan el perjudicado o víctima, en atención a lo dispuesto por el artículo 30 del Código de Procedimiento Penal, deben ser resueltas dentro de los 10 días siguientes, pero nada impide que se resuelva inmediatamente presentadas. Hubiese sido muy bueno que el actual artículo 30, fuera más preciso y clarificara de una vez por todas, las diferentes interpretaciones que se le dieron al artículo 28 del decreto 2700 de 1991, pero nuestros legisladores no precisaron hasta dónde puede llegar la intervención directa de la víctima en el proceso penal.

Las anteriores facultades de la víctima, se hubiese constituido o no en parte civil, se acompañan de algunas obligaciones que se impone a los funcionarios judiciales para garantizar el pago de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con el delito.

La Fiscalía General de la Nación expidió la resolución 663 de 1993 mediante la cual organizó el programa de protección de víctimas y testigos y posteriormente la resolución 2700 de 1996 en el mismo sentido.

El artículo 15 de la ley 360 de 1997, consagró expresamente: “derechos de las víctimas de los delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana: ser tratada con dignidad, privacidad y respeto durante la entrevista o actuación con fines médicos, legales o de asistencia. Ser informada acerca de los procedimientos legales que se derivan del hecho punible. Ser informada de los servicios disponibles para atender las necesidades que le haya generado el delito. Tener acceso y consejería gratuita para ella y su familia, atendido por personal calificado. Tener acceso gratuito a los siguientes servicios:

- a) Examen y tratamiento para la prevención de enfermedades venéreas incluido el V.I.H- SIDA.
- b) Examen y tratamiento para trauma psicológico y físico emocional.
- c) Recopilación de evidencia médico-legal.
- d) Ser informada sobre la posibilidad de acceder a la indemnización de los perjuicios ocasionados con el delito”.

El decreto 1813 de 1994 y la ley 418 de 1997, consagran un conjunto de beneficios para las personas que son víctimas de actos terroristas y, en general de actos catastróficos.

Creemos que la nueva normatividad penal sustantiva y procedimental debe interpretarse con un claro sentido de respeto y protección a la dignidad humana tanto del procesado como de las víctimas, como lo disponen la Constitución Política, los tratados internacionales y los códigos penal y de procedimiento penal.

1.3 APLICABILIDAD.

1.3.1 Con relación al concepto de reparación del daño: El papel de la víctima no solo es un problema del Derecho penal, si no también de un problema político criminal común, al que debe dar solución el sistema penal en su conjunto, y su solución no es solo conceptual, especulativa si no especialmente fáctico y jurídico, hoy existen modelos casi "privados" en el Derecho penal (las acciones privadas) y "penales" en el Derecho privado (la cláusula penal y la reparación del daño moral). Sin embargo, el Derecho penal ha perdido interés en la llamada *delincuencia de bagatela*, que procura solucionar con medios próximos al Derecho privado (cláusula de reparación en favor de la víctima, la conciliación, ejercicio privado de la acción o instancia privada).

La cuestión principal en el Derecho penal se vincula con la *reparación integral* del daño sufrido por la víctima, su posibilidad de ser integrada como uno de los fines de la pena, junto a los otros fines reconocidos o dentro de ellos, el ingreso al catálogo de reacciones del Derecho material, independientemente, como reemplazo o sustituto de las penas tradicionales, privación de libertad y multa,

en el marco de cierta despenalización, o como privilegio que aminora la reacción establecida, ya dentro del ámbito de la determinación de la pena o en el área de las posibilidades de remisión, total o parcial, de la pena.

El tema, en el Derecho procesal penal, es conocido a través de la participación del ofendido en el proceso penal, por ejemplo, como testigo del hecho punible que, presuntamente, lo tiene a él como protagonista (víctima), como medio de garantía de la protección frente al abuso de los derechos defensivos por parte del imputado y su defensa.

El tema de las víctimas en el sistema penal se trata, principalmente, de un problema político-criminal, que hoy ha llegado al estadio de exigir reformas en el sistema penal, que, por su carácter, son de extrema importancia, pues tocan la base del sistema: el Derecho penal en su conjunto, ya que en antaño se daba mayor importancia a la pena estatal y el control social directo por sobre cualquier otro aspecto del delito, por ejemplo, su daño individual o social concreto, privilegio que, en muchas ocasiones, impedía toda reparación del daño, aunque existieran buenas posibilidades e intenciones para ello; hoy lo que se quiere como meta final, es que se privilegie la reparación a la víctima, más que la pena de prisión. Precisamente, cuando se quiere mejorar la situación de la víctima, no se debe desmeritar la pena corporal.

La idea de incorporar a la víctima en el proceso penal constituye un pensamiento político-criminal que procura humanizar el Derecho penal para el autor y transformarlo en un instrumento humano de solución de conflictos sociales, evitando su comparación absoluta con el ejercicio propio del poder estatal, logrando la abreviación del proceso, la pronta reparación satisfactoria de la víctima y así mismo la solución oportuna del problema para el autor de dicha conducta.

La reparación del daño en la víctima o perjudicados, en sentido amplio, es una meta racional del Derecho penal, y en especialmente para el actual, teniendo en cuenta dos aspectos: que ello no perjudique, sino que coopere con los fines propuestos para la pena, que ella no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto. Por eso, las posibilidades de reparación dentro del Derecho penal deben ser pensadas cuidadosamente, para que no se frustren sus objetivos principales: auxiliar realmente a la víctima colaborando en la tarea de restitución, que se corresponde con su naturaleza, y reducir la violencia por parte del estado frente al delito.

Con relación a la reparación de la víctima por parte del autor del hecho punible, como beneficio también para éste, se debe tratar con sumo cuidado en aquellos delitos graves que, además ponen de relieve el ejercicio de una violencia física extrema o la amenaza de ella (homicidio, secuestros, extorsión, delitos contra el pudor sexual, entre otros), ya que debido al bien jurídico que lesionan y la gravedad del mismo, no se debería atenuar la pena de prisión.

Empero, la reparación del daño como compensación de la pena, en ocasiones es imposible, ya que como se anotó anteriormente, en delitos como el

homicidio (en donde la vida no se puede reponer), no se puede tratar al igual que en los delitos menores o simplemente que afectan el patrimonio económico. Para ello, en numerosas oportunidades, sólo se trata de sustitutos de la reparación, de los cuales el más conocido es la *indemnización*.

1.3.2 Su participación en el proceso penal: La constitución Política se refiere a la víctima, aunque la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha distinguido entre víctima y perjudicados. La participación de la víctima, incluyendo también a los perjudicados dentro de este vocablo, en el proceso penal se manifiesta por la protección del derecho a la verdad, la justicia y la reparación. La víctima tiene derecho a que se esclarezca lo que ocurrió y, en consecuencia, a que se obtenga la reparación de los daños que el autor del delito ha causado.

La víctima, como interviniente en el proceso, tiene la facultad para investigar por su propia cuenta y aportar evidencias al juicio. Igualmente, tiene acceso al juez de control de garantías para afirmar sus medios materiales de prueba y para solicitar medidas restrictivas de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta la sujeción a los respectivos controles bajo el principio de proporcionalidad.

Por otro lado, la víctima tiene derecho a los diferentes medios de protección que la misma Fiscalía puede solicitar al juez de control de garantías si involucra afectaciones severas a los derechos fundamentales, si según el caso particular, la víctima requiere de dicha protección frente al autor del hecho y la garantía de sus derechos.

La intervención de la víctima en el proceso penal es eminentemente facultativa, de ahí que su participación en el proceso no es obligatoria, pero de ninguna manera debe negarse.²

1.3.3 Verdad y Justicia: Existe una tendencia mundial, que también ha sido recogida en el ámbito nacional por la Constitución, según la cual la víctima o perjudicado por un delito no sólo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios que se le hayan causado, trátase de delitos consumados o tentados, sino que además tiene derecho a que a través del proceso penal se establezca la verdad y se haga justicia. Esa tendencia se evidencia tanto en el texto constitucional como en el derecho internacional y el derecho comparado.

La concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito no está circunscrita a la reparación material. Esta es

² Ley 906 de 2004, Editorial Legis 2005

más amplia. Comprende exigir de las autoridades y de los instrumentos judiciales desarrollados por el legislador para lograr el goce efectivo de los derechos, que éstos sean orientados a su restablecimiento integral y ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos, a lo menos.

En el derecho internacional se ha considerado como insuficiente para la protección efectiva de los derechos humanos, que se otorgue a las víctimas y perjudicados únicamente la indemnización de los perjuicios, como quiera que la verdad y la justicia son necesarios para que en una sociedad no se repitan las situaciones que generaron violaciones graves a los derechos humanos y, además, porque el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos, exige que los recursos judiciales diseñados por los Estados estén orientados hacia una reparación integral a las víctimas y perjudicados, que comprenda una indemnización económica y, el acceso a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y para buscar, por vías institucionales, la sanción justa de los responsables.

Tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible, hoy día, gozan de una concepción amplia—no restringida exclusivamente a una reparación económica— fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible.

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: 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 que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito.

Pero para poder acceder a estos derechos, se requiere que haya un daño real, no necesariamente de contenido patrimonial, concreto y específico, que legitime la participación de la víctima o de los perjudicados en el proceso penal para buscar la verdad y la justicia, el cual ha de ser apreciado por las autoridades judiciales en cada caso. Demostrada la calidad de víctima, o en general que la persona ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste, está legitimado para constituirse en parte civil, y puede orientar su pretensión a obtener exclusivamente la realización de la justicia, y la búsqueda de la verdad, dejando de lado cualquier objetivo

patrimonial. Es más: aun cuando esté indemnizado el daño patrimonial, cuando este existe, si tiene interés en la verdad y la justicia, puede continuar dentro de la actuación en calidad de parte. Lo anterior significa que el único presupuesto procesal indispensable para intervenir en el proceso, es acreditar el daño concreto, sin que se le pueda exigir una demanda tendiente a obtener la reparación patrimonial. La determinación en cada caso de quien tiene el interés legítimo para intervenir en el proceso penal, también depende, entre otros criterios, del bien jurídico protegido por la norma que tipificó la conducta, de su lesión por el hecho punible y del daño sufrido por la persona o personas afectadas por la conducta prohibida, y no solamente de la existencia de un perjuicio patrimonial cuantificable.

En un Estado social de derecho y en una democracia participativa (artículo 1, CP), los derechos de las víctimas de un delito resultan constitucionalmente relevantes. Por ello, el constituyente elevó a rango constitucional el concepto de víctima. Así, el numeral 4 del artículo 250 de la Constitución Política, señala que el Fiscal General de la Nación debe “velar por la protección de las víctimas”.

Como desarrollo del artículo 2 de la Carta, al adelantar las investigaciones y procedimientos necesarios para esclarecer los hechos punibles, las autoridades en general, y las judiciales en particular, deben propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de bienes jurídicos de particular importancia para la vida en sociedad. No obstante, esa protección no se refiere exclusivamente a la reparación material de los daños que le ocasione el delito, sino también a la protección integral de sus derechos.

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 humano. Por el contrario, el principio de dignidad impide que la protección a las víctimas y perjudicados por un delito sea exclusivamente de naturaleza económica

Ello también se observa en la concepción y en la función de los mecanismos judiciales para la protección de los derechos que prevé la Carta – tales como la acción de tutela, la acción de cumplimiento y las acciones populares, entre otras–, los cuales tienen como finalidad asegurar una garantía efectiva de la dignidad y de los derechos de las personas y por ello no están orientadas principalmente a la búsqueda de una reparación económica.

En la Carta se refleja también una concepción amplia de la protección de los derechos de las víctimas, que no está *prima facie* limitada a lo económico. En efecto, el numeral 1 del artículo 250 superior, establece como deberes de la Fiscalía General de la Nación el “tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito”. De ello resulta que la indemnización es sólo uno de los posibles elementos de la reparación a la víctima y que el restablecimiento de sus derechos supone más que la mera indemnización. La Constitución ha trazado como meta para la Fiscalía General el “restablecimiento del derecho”, lo cual representa una protección plena e integral de los derechos de las víctimas y perjudicados. El restablecimiento de sus derechos exige saber la verdad de lo ocurrido, para determinar si es posible volver al estado anterior a la vulneración, así como también que se haga justicia.

En consonancia con lo anterior, el artículo 229 de la Carta garantiza “el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”. Ese derecho comprende, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones, contar, entre otras cosas, con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones,³ la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas⁴, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso⁵, la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias⁶, que se prevean mecanismos para facilitar el acceso a la justicia a los pobres⁷ y que la oferta de justicia permita el acceso a ella en todo el territorio nacional⁸. Y, aun cuando en relación con este tema el legislador tiene un amplio margen para regular los medios y procedimientos que garanticen dicho acceso, ese margen no comprende el poder para restringir los fines del acceso a la justicia que

³ Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, T-597/92, MP: Ciro Angarita Barón, SU-067/93, MP: Ciro Angarita Barón y Fabio Morón Díaz; T-451/93, MP: Jorge Arango Mejía; T-268/96, MP: Antonio Barrera Carbonell.

⁴ Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, T-399/93, MP: José Gregorio Hernández Galindo; C-544/93, MP: Antonio Barrera Carbonell; T-416/94, MP: Antonio Barrera Carbonell; T-502/97, MP: Hernando Herrera Vergara.

⁵ Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, T-046/93, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, C-093/93, MP: Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero, C-301/93, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, C-544/93, MP: Antonio Barrera Carbonell, T-268/96, MP: Antonio Barrera Carbonell., C-742/99, MP: José Gregorio Hernández.

⁶ Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, SU-067/93, MP: Ciro Angarita Barón y Fabio Morón Díaz, T-275/94, MP: Alejandro Martínez Caballero, T-416/94, MP: Antonio Barrera Carbonell, T-502/97, MP: Hernando Herrera Vergara, C-652/97, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, C-742/99, MP: José Gregorio Hernández.

⁷ Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional T-522/94, MP: Antonio Barrera Carbonell; C-037/96, MP: Vladimiro Naranjo Mesa; y C-071/99, MP: Carlos Gaviria Díaz.

⁸ Ver por ejemplo la sentencia C-157/98, MP: , en la cual la Corte encontró que no se vulneraba el derecho a acceder a la justicia al exigir que la interposición de la acción de cumplimiento se hiciera ante los Tribunales Administrativos, pues la ley establecía un mecanismo para facilitar el acceso en aquellos sitios donde no hubiera Tribunales. Dijo entonces la Corte: “*No se vulnera el derecho de acceso a la justicia con la asignación de la competencia en los Tribunales Contencioso Administrativos, porque aquél se garantiza en la medida en que las personas no tienen que acudir directa y personalmente ante los respectivos tribunales a ejercer su derecho a incoar la acción de cumplimiento, porque pueden remitir, previa autenticación ante juez o notario del lugar de su residencia, la respectiva demanda, según las reglas previstas para la presentación de la demanda en el Código Contencioso Administrativo, cuando el demandante no resida en la sede del Tribunal.*”

orientan a las partes hacia una protección judicial integral y plena de los derechos, para circunscribir dicho acceso, en el caso de las víctimas y perjudicados de un delito, a la obtención de una indemnización económica. Por lo cual, el derecho a acceder a la administración de justicia, puede comprender diversos remedios judiciales diseñados por el legislador, que resulten adecuados para obtener la verdad sobre lo ocurrido, la sanción de los responsables y la reparación material de los daños sufridos.

El derecho de las víctimas a participar dentro del proceso penal para lograr el restablecimiento de sus derechos, tienen también como fundamento constitucional el principio participación (artículo 2, CP), según el cual las personas pueden intervenir en las decisiones que los afectan.⁹ No obstante, esa participación deberá hacerse de conformidad con las reglas de participación de la parte civil y sin que la víctima o el perjudicado puedan desplazar a la Fiscalía o al Juez en el cumplimiento de sus funciones constitucionales, y sin que su participación transforme el proceso penal en un instrumento de retaliación o venganza contra el procesado.

Por otra parte, los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica reconocidos a las víctimas o perjudicados por un hecho punible, pueden tener como fundamento constitucional otros derechos, en especial el derecho al buen nombre y a la honra de las personas (arts 1º, 15 y 21, CP), puesto que el proceso penal puede ser la única ocasión para que las víctimas y los perjudicados puedan controvertir versiones sobre los hechos que pueden ser manifiestamente lesivas de estos derechos constitucionales, como cuando durante el proceso penal se hacen afirmaciones que puedan afectar la honra o el buen nombre de las víctimas o perjudicados.¹⁰

Además, la reducción de los derechos de las víctimas y los perjudicados al interés en una reparación económica no consulta otras normas constitucionales, en las cuales se establecen principios fundamentales y deberes, estrechamente relacionados con el restablecimiento de los derechos de las víctimas y perjudicados. En cuanto a los principios, el de “asegurar la convivencia pacífica” (artículo 2, CP) exige que el Estado provea mecanismos que eviten la resolución violenta de los conflictos y el de garantizar “la vigencia de un orden justo” (artículo 2, CP), hace necesario que se adopten medidas para combatir la impunidad. En cuanto a los deberes, el de “colaborar para el buen funcionamiento de la justicia” (artículo 95, #7, CP), implica que las personas presten su concurso para el logro de una pronta y cumplida justicia, pero no sólo para recibir un beneficio económico.

Así mismo, se deben tener en cuenta otros derechos de las víctimas, como el derecho a la protección de su vida e integridad física, así como el derecho a ser tratados dignamente y a que su intimidad sea protegida, pues muy bien lo advierte la *Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 de la Declaración*

⁹ Así lo reconoció la Corte en la Sentencia C-412/93, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, donde afirmó “*las personas involucradas en los hechos punibles tienen un verdadero derecho al proceso cuya naturaleza y configuración en el Estado democrático debe ser eminentemente participativa*”.

¹⁰ Ver, por ejemplo, la sentencia de la Corte Constitucional T-275/94, MP: Alejandro Martínez Caballero, donde la Corte reconoció el derecho a conocer la verdad de los familiares de la víctima de un presunto suicidio.

sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, en su numeral 4º del literal A, anotando que “deben ser 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”; y en el numeral 6º literal d, de ese mismo acápite advierte: “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,”

1.4 LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Con relación a este aspecto, el artículo 93 constitucional, establece; “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Teniendo en cuenta esta remisión que hace nuestra Constitución Política, a la normatividad internacional, se pueden examinar diferentes instrumentos internacionales como la Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1.985 de la Declaración sobre los principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, la Declaración Americana de Derechos del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, con el fin de ampliar el campo de aplicación de la normatividad referente a las víctimas en los procesos penales adelantados por la Justicia nuestra, sin embargo, no obstante este conjunto de instrumentos internacionales, el derecho internacional se ha quedado un poco corto en la efectiva protección de los derechos humanos, aplicables a las víctimas y perjudicados, ya que se limita únicamente la indemnización de los perjuicios, como quiera que la verdad y la justicia son necesarios para que en una sociedad no se repitan las situaciones que generaron violaciones graves a los derechos humanos y, además, porque el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos, exige que los recursos judiciales diseñados por los Estados estén orientados hacia una reparación integral a las víctimas y perjudicados, que comprenda una indemnización económica y, el acceso a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y para buscar, por vías institucionales, la sanción justa de los responsables.¹¹

En 1948, tanto la Declaración Americana de Derechos del Hombre¹² como la

¹¹ Ver Organización de Naciones Unidas. Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. Sobre la Impunidad de Perpetradores de Violaciones a los Derechos Humanos. Relator Especial Louis Joinet, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/6, 19 de julio de 1993, revisado por E/CN.4/Sub.2/1994/11 y E/CN.4/Sub.2/1996/18 (Informe Final). Ver también, Stephens, Beth. Conceptualizing Violence: Present and Future developments in International Law: Panel 1: Human Rights and Civil Wrongs at Home and Abroad: Old Problems and New Paradigms: Do Tort Remedies Fit the Crime?. En 60 Albany Law Review 579, 1997.

¹² *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, OAS Res. XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948), reimprimido en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema

Declaración Universal de Derechos Humanos¹³, marcan el inicio de una tendencia en el derecho internacional por desarrollar instrumentos que garanticen el derecho de todas las personas a una tutela judicial efectiva de sus derechos, a través de la cual no sólo obtengan reparación por el daño sufrido, sino también se garanticen sus derechos a la verdad y a la justicia.

En un caso reciente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló como contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos, las leyes que dejaban a las víctimas sin la posibilidad de saber la verdad y obtener justicia, a pesar de que el Estado estaba dispuesto a reconocerles una reparación económica.¹⁴ Dijo entonces la Corte Interamericana:

“41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

“42. La Corte, (...) considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. (...)

“43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de auto amnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de auto amnistía conducen a la indefensión de las

Interamericano, OEA/Ser.L.V/IL82 doc.6 rev.1 p. 17 (1992). Artículo XVIII. Derecho de justicia. Toda persona puede ocurrir 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.

¹³ *Declaración Universal de Derechos Humanos*, A.G. 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.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), Sentencia de 14 de Marzo de 2001. La Corte Interamericana decidió que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención y que el Estado era responsable por violar el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso, a pesar de haber aceptado su responsabilidad y decidido otorgar una reparación material a las víctimas.

víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.” (subrayado fuera de texto)

Este derecho ha sido recogido y desarrollado en múltiples instrumentos internacionales. Así, por ejemplo, en la Convención Americana de Derechos Humanos, se consagra el derecho de toda persona a un recurso judicial efectivo¹⁵, el cual ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ya se anotó, no sólo como el derecho a una reparación económica, sino además como el derecho a que la verdad sobre los hechos sea efectivamente conocida y se sancione justamente a los responsables.¹⁶ Igualmente, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos consagra el deber de los Estados partes de proveer recursos judiciales eficaces para la protección de los derechos humanos.¹⁷

Esa tendencia del derecho internacional también está presente en el sistema de Naciones Unidas. En particular, el 29 de noviembre de 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por consenso la "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder"¹⁸, según la cual las víctimas "tendrán derecho al acceso a los

¹⁵ *Convención Americana de Derechos Humanos*, Serie sobre Tratados, OEA, No. 36, 1144, Serie sobre Tratados de la ONU, 123 entrada en vigor 18 de julio de 1978, reimprimido en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6.rev.1 p. 25 (1992). Artículo 25. Protección Judicial. 1. 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. 2. Los Estados partes se comprometen: a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

¹⁶ Ver entre otros, Caso Barrios Altos de la Corte Interamericana, Sentencia de 14 de Marzo de 2001; Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, Caso Suárez Rosero, Sentencia del 12 de noviembre de 1997; Caso 10987 (Argentina), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, No. 30/97, OEA/Ser.L/V/II.98, doc6, rev., 13 de abril de 1998; Caso No. 10843 (Chile), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, No. 36/96, OEA/Ser.L/V/II.95, doc.7 rev., 14 de marzo de 1997.

¹⁷ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, AG. res. 2200A (XXI), 21 UN. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 UNTS. 171, entrada en vigor 23 de marzo de 1976. Artículo 2. 1. “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

¹⁸ *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. 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 establecerá 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

mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido" y para ello es necesario que se permita "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".

Dicha tendencia a no reducir los derechos de las víctimas o perjudicados a la búsqueda de una reparación pecuniaria también se refleja en el derecho internacional humanitario. El Protocolo I reconoce el "derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros"¹⁹, lo cual no está referido únicamente a la posibilidad de obtener una indemnización económica.²⁰

Más recientemente, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional se consagraron 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.²¹ Los Estatutos de los Tribunales Internacionales para Ruanda y Yugoslavia, contienen disposiciones relativas a la protección de las víctimas.²²

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 autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

¹⁹ Ver el artículo 32 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

²⁰ El derecho a saber la verdad en el caso de personas desaparecidas o fallecidas durante el conflicto en la Antigua República de Yugoslavia fue recogido en el Tratado de Paz entre Croacia y Bosnia y Herzegovina, concluido el 21 de noviembre de 1995 en Dayton (Estados Unidos) y firmado en París el 14 de diciembre de 1995, en los siguientes términos (traducción no oficial): "2. Los Estados Parte se comprometen a permitir el registro de tumbas y la exhumación de cadáveres de fosas individuales o colectivas que se encuentren en su territorio, así como el acceso de personal autorizado dentro de un período de tiempo definido para la recuperación y evacuación de los cadáveres de militares o civiles muertos con ocasión del conflicto armado y de los prisioneros de guerra fallecidos."

²¹ Artículos 19.3, 65.4, 68, 75 y 82.4, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998.

²² Estatuto para el Tribunal Internacional para el Juzgamiento de personas responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991, (traducción no oficial) Artículo 20. Apertura y conducción del proceso. 1. La Cámara de Primera Instancia debe ocuparse de que el proceso sea imparcial y expedito y que la instancia se desarrolle de conformidad con las reglas de procedimiento y de prueba, que los derechos del acusado sean plenamente respetados y que la protección de las víctimas y de los testigos sea debidamente asegurada. Artículo 22. Protección de las víctimas y de los testigos. 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 su identidad. (subrayado fuera de texto).

Estatuto del Tribunal Internacional de Rwanda. Artículo 14. Reglas de procedimiento y de pruebas. A los efectos de las actuaciones ante el Tribunal Internacional para Rwanda, los magistrados del Tribunal Internacional adoptarán las reglas de procedimiento y de pruebas aplicables a la etapa preliminar del proceso, al juicio propiamente dicho, a las apelaciones, a la admisión de pruebas, a la protección de las víctimas y testigos y a otros asuntos pertinentes del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia, con las modificaciones que estimen necesarias. Artículo 19. Iniciación y tramitación del juicio. 1. La Sala de Primera Instancia deberá velar porque el procedimiento sea justo, expedito y que se tramite de conformidad con las normas de procedimiento y de pruebas, con pleno respeto de los derechos del acusado y con la consideración debida a la protección de las víctimas y los testigos. Artículo 21. Protección de las víctimas y de los testigos. El Tribunal Internacional para Rwanda, adoptará disposiciones, en sus reglas de

En el contexto europeo también se han reconocido de manera amplia los derechos de las víctimas, que comprenden no sólo la indemnización de perjuicios, sino el derecho a que se haga una investigación exhaustiva que otorgue claridad sobre lo ocurrido y conduzca a la sanción justa de los responsables. En 1977 el Comité de Ministros del Consejo de Europa expidió la Resolución (77) 27, con recomendaciones para la indemnización de las víctimas del delito²³. En 1983 se redactó la Convención Europea para la compensación de las víctimas de los crímenes violentos, con el fin de ocuparse de la situación de las víctimas que hubieran sufrido daños corporales o menoscabo de salud y de las personas dependientes de quienes mueran como resultado de estos delitos, pero donde también se hace referencia a la obligación de proteger a las víctimas y de otorgarles ciertos derechos a participar en el proceso penal.²⁴ Posteriormente, en 1985, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la recomendación R (85) 11 sobre la posición de la víctima en el procedimiento y en el derecho penal;²⁵ y, en 1987 como complemento, se formuló la recomendación R (87) 21, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de los procesos de victimización.²⁶ Recientemente, como parte de los derechos fundamentales reconocidos por la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales consagró el derecho a un recurso judicial efectivo.²⁷

Como consecuencia de este enfoque a la luz de los derechos humanos, la comunidad internacional ha rechazado los mecanismos internos que conduzcan a la impunidad y al ocultamiento de la verdad de lo ocurrido. Si bien este consenso se refiere a violaciones graves a los derechos humanos, el lenguaje de los textos citados, así como la interpretación judicial de los mismos, igualmente mencionada, tiene un alcance que rebasa tales delitos o crímenes.

En el año 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que las medidas legislativas que impidieran a las víctimas de violaciones de derechos humanos, conocer la verdad de los hechos, resultaban contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos. Como quiera que según el artículo 93 constitucional, “los derechos deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es necesario que la doctrina de la Corte

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 su identidad. (subrayado fuera de texto).

²³ Resolución (77) 27, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de septiembre de 1977.

²⁴ Convención Europea de 24 de noviembre de 1983, sobre la compensación a las víctimas de delitos violentos. El Consejo de Europa también ha expedido normas y recomendaciones relativas a los derechos de las víctimas de los delitos.

²⁵ Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal.

²⁶ Recomendación (87) 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo, e Europa el 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización.

²⁷ Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000 O.J. (C 364) 1, *en vigor desde* Dic. 7, 2000. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Artículo 47. “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.”

Interamericana de Derechos Humanos, sea valorada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Si bien los cambios en la concepción de los derechos de las víctimas y los perjudicados se refieren a graves violaciones a los derechos humanos, la tendencia en las legislaciones internas no se limita a dicha protección mínima sino que comprende también delitos de menor gravedad. Igualmente, el legislador colombiano dispone de un margen de apreciación para modular el alcance de los derechos de la parte civil según diferentes criterios –dentro de los cuales se destacan, de un lado, la gravedad del delito y, del otro, la situación del procesado que puede llegar a ser de una significativa vulnerabilidad, siempre que no reduzca tales derechos a la mera reparación pecuniaria.

1.4.1 Los derechos de la víctima de un hecho punible en el derecho comparado: En cuanto a la posibilidad de intervención de las víctimas y los perjudicados en el proceso penal se identifican dos grandes tendencias. En los sistemas romano germánico, generalmente se ha admitido la intervención de las víctimas dentro del proceso penal a través de su constitución en parte civil. En los sistemas de tradición anglosajona, aun cuando tradicionalmente la víctima y los perjudicados no tienen el carácter de parte dentro del proceso penal y su intervención es la de un simple testigo, esta posición ha ido variando, hasta otorgarles incluso el derecho a impulsar la investigación criminal y el proceso penal.²⁸

En cuanto al momento en el que las víctimas o perjudicados pueden intervenir en el proceso penal, la mayor parte de los países que permiten su intervención la prevén tanto para la etapa de instrucción como durante la etapa de juzgamiento.²⁹ Sin embargo, en los sistemas donde aún prevalece un sistema inquisitivo de investigación penal, las víctimas o perjudicados no tienen la posibilidad de intervenir durante la etapa de investigación. Esa es la situación de Bélgica, donde la parte civil no puede intervenir durante la etapa de instrucción, pues es una etapa vedada a todas las partes del proceso, no sólo a la parte civil. Sin embargo, desde 1989 esta característica ha sido considerada como contraria a la Convención Europea de Derechos del Hombre.³⁰

En relación con la posibilidad de que las víctimas puedan impulsar el proceso penal ante la omisión del Estado, se han adoptado distintos esquemas de solución en consideración a los principios de oportunidad y de legalidad. En los

²⁸ Pradel, Jean. *Droit Pénal Comparé*. Editorial Dalloz, 1995, páginas 532 a 535.

²⁹ Ver Delmas-Marty, M. *Op. Cit.* páginas 77-78, 86-87, 97, 133, 144, 149, 161, 181, 231, 235, 237, 243, 246, 251, 294.

³⁰ Asunto Lamy vs Bélgica, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 30 de marzo de 1989, donde la Corte Europea de Derechos del Hombre, señaló que impedir al procesado, o a su abogado al expediente para controvertir las pruebas que servían de base para la detención, eran contrarias a la Convención Europea de Derechos del Hombre, en particular de su derecho a la defensa. En Berger, Vincent. *Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*. Tercera Edición. Editorial Sirey, 1991, páginas 77 -79.

sistemas orientados por el principio de legalidad la ocurrencia de un hecho punible obliga al Estado a iniciar la acción penal en todos los casos. En los sistemas que reconocen el principio de oportunidad, el ente acusador goza de mayor discrecionalidad para decidir cuándo no iniciar una acción penal. En esos casos, aun cuando en principio el Estado es quien tiene el monopolio de la acción penal, se permite el ejercicio de acciones privadas y se han desarrollado mecanismos para que las víctimas o perjudicados puedan oponerse a la decisión estatal de no ejercer la acción penal en un determinado caso.³¹

En los sistemas con énfasis en el principio de oportunidad, donde el Ministerio Público tiene mayor discrecionalidad para decidir si inicia o no la acción penal³², las víctimas y los perjudicados pueden actuar directamente ante el ente acusador en el impulso de la acción penal, en los casos expresamente señalados por la ley. En principio dentro de las razones para no iniciar la acción penal se encuentra, la ausencia de víctimas o perjudicados, la extrema juventud o vejez del delincuente, la poca importancia de la infracción, la falta de interés público, la existencia de un acuerdo previo de reparación entre la víctima y el delincuente, o la aceptación del delincuente de un tratamiento previo, como ocurre en los Estados Unidos. Por ejemplo, en el caso inglés, la víctima puede impulsar mediante una especie de acción privada el proceso penal en los casos de los delitos cuya investigación corresponda a la Policía. En otros sistemas, como el belga,³³ son los jueces quienes, a solicitud de la víctima o el perjudicado, ejercen un control de legalidad sobre la decisión del Ministerio Público de no iniciar la acción penal.

En los sistemas con énfasis en el principio de legalidad, el Ministerio Público está obligado a iniciar la acción penal en todos los casos. Ese es el caso de Alemania, España e Italia. En principio, la única razón por la cual no se inicia la acción penal es porque no existen elementos de prueba suficientes para determinar la ocurrencia del hecho punible o la posible responsabilidad de los implicados. No obstante, con el fin de hacer menos rígido este sistema se han consagrado varias excepciones. Por ejemplo, en Alemania, la víctima o los perjudicados pueden impulsar la investigación y el proceso penal en el caso de delitos querrelables, de delitos que afecten la intimidad de las personas y de ciertos delitos de gravedad menor. Cuando se trata de delitos más graves, la víctima o los perjudicados pueden apelar la decisión de no iniciar la acción penal ante el Procurador General y si este se niega a iniciarla, pueden acudir incluso hasta la Corte de Apelaciones para obligar al Ministerio Público a ejercer la acción penal.

³¹ En Inglaterra, por ejemplo, cuando se trata de delitos cuya investigación corresponde a la Policía, son los particulares quienes impulsan y llevan a cabo la labor de acusación del procesado. Ver. Delmas-Marty, Mireille. Procédures pénales d'Europe. Presses Universitaires de France, 1995, páginas 161 y ss.

³² Este sistema existe en Países Bajos, en Francia, en Bélgica, en Luxemburgo, en Inglaterra y Escocia, en Dinamarca, en Noruega, en gran parte de los países africanos, en Estados Unidos y en Canadá. Ver Pradel, Jean. Droit Pénal Comparé. Editorial Dalloz, 1995, página 485, en donde cita los artículos 40 del Código de Procedimiento Penal de 1959 y el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal de Países Bajos, como ejemplos de países donde se ha consagrado expresamente el principio de oportunidad.

³³ En Bélgica para impedir que la inacción del Ministerio Público conduzca a la impunidad, se permite que toda persona que se considere lesionada por un delito presente una demanda para constituirse en parte civil ante el juez de instrucción, y este es quien decide si se inicia o no la acción penal. Ver Pradel, Jean. Op Cit, páginas 532 a 535 y Delmas-Marty, Mireille. Op. Cit., página 181.

En cuanto a la finalidad de la intervención de las víctimas y perjudicados dentro del proceso penal, en un principio esa intervención sólo estaba orientada a la reparación de perjuicios materiales. No obstante, esa posibilidad ha evolucionado hacia una protección más integral de los derechos de la víctima y hoy se reconoce que también tienen un interés en la verdad y la justicia. Así ha sucedido en el sistema francés, donde se permite que quien ha sufrido un daño personal y directo, se constituya en parte civil, aun cuando tal intervención no está subordinada a la presentación de una demanda de daños. El ejercicio de la acción civil ante la jurisdicción penal en Francia tiene un doble propósito: 1) obtener un juicio sobre la responsabilidad de la persona y 2) obtener la reparación del perjuicio sufrido. Estos derechos de la víctima han ido ampliándose desde 1906³⁴, cuando la Corte de Casación admitió que la víctima de un delito pudiera acudir directamente ante el juez de instrucción para iniciar el proceso penal ante la inacción del Ministerio Público. Esa jurisprudencia fue recogida luego por el Código de Procedimiento Penal y ha evolucionado hasta reconocer que el proceso penal debe garantizar a las víctimas el derecho a la verdad,³⁵ tal como ocurrió recientemente, cuando el Fiscal decidió continuar con una investigación criminal para el establecimiento de la verdad de los hechos a favor de las víctimas, en un caso en que el asesino se había suicidado después de disparar y matar a varios miembros de un consejo regional. La búsqueda de la verdad fue la razón que permitió impulsar el proceso penal, a pesar de que el responsable directo había muerto.³⁶

El ámbito de protección de los derechos de las víctimas dentro del proceso también se ha ido ampliando. En un principio se entendió que tal protección se refería exclusivamente a la garantía de su integridad física y en consecuencia se adoptaron mecanismos para proteger su identidad y seguridad personal y familiar; posteriormente, esa protección se ha extendido para asegurar el restablecimiento integral de sus derechos y, por ello, se le han reconocido ciertos derechos dentro del proceso penal: el derecho a ser notificadas de las decisiones que puedan afectar sus derechos, a estar presente en determinadas actuaciones y a controvertir decisiones que resulten contrarias a sus intereses en la verdad, la justicia o la indemnización económica.³⁷ La mayor parte de sistemas reconocen a la parte civil el derecho a aportar pruebas dentro del proceso, el derecho a ser oída dentro del juicio y a ser notificada de actuaciones que puedan afectarla, el derecho a que se adopte una resolución final dentro de un término prudencial, el derecho a que se proteja su seguridad, el derecho a una indemnización material, pero también a conocer la verdad de lo sucedido

En Latinoamérica, esta tendencia también ha sido recogida. La mayor parte de los estados han reconocido tradicionalmente el derecho de la víctima a constituirse en parte civil dentro del proceso, y a medida del tiempo han mostrado una tendencia hacia una conceptualización amplia de los derechos

³⁴ Caso Laurent-Atthalin, 8 de diciembre de 1906, citado por Pradel, J. Op. Cit. página 533.

³⁵ Ver Richard S. Frase, *Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How Do the French Do It, How Can We Find Out, and Why Should We Care?*, 78 Cal. L. Rev. 542, 669 (1990). Delmas-Marty, Mireille. Op. Cit., páginas 243, 246 y 251.

³⁶ Ver *Le Monde*, Abril 9 de 2002 (El proceso contra Richard Durn, el llamado "asesino de Nanterre").

³⁷ Ver Delmas-Marty, Mireille. Op. Cit.

de la víctima y a reconocer la búsqueda de la verdad como una finalidad primordial del proceso penal. Así por ejemplo, en el nuevo Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela de 2001, las víctimas de un delito obtuvieron no sólo el reconocimiento y la legitimación procesal para actuar como partes en el proceso penal, sino que además se les garantizó el derecho a ser informadas de los resultados del proceso, aun cuando no hubieren intervenido en él, a formular una acusación propia contra el imputado y a ser oídas por el tribunal antes de la decisión de sobreseimiento (Código Orgánico Procesal Penal, en su Artículo 117, reconoce los siguientes derechos a las víctimas: “Artículo 117. Derechos de la víctima). En México, la Constitución consagra expresamente los derechos de la víctima de un delito a acceder a la justicia, por lo cual se reconoce sus derechos a recibir asesoría jurídica, a ser informada de sus derechos, a participar junto con el Ministerio Público en la investigación y en el juicio penal mediante la solicitud y aporte de pruebas, a ser informada del desarrollo del proceso y a que se le repare el daño causado con la conducta (Constitución Política de los Estados Mexicanos, Artículo 20). En Argentina (artículos 79 y 80, Código de Procedimiento Penal) y en Chile (artículo 109 del Código de Procedimiento Penal) desarrollan el derecho de acceso a la justicia a favor de la víctima de un hecho punible, garantizándole su derecho a participar en el proceso penal, a ser informada del desarrollo del proceso, a solicitar protección para su vida y asesoría legal y psicológica, a presentar pruebas y controvertir decisiones sobre sobreseimiento temporal o definitivo del proceso penal.

En los Estados Unidos, desde 1982, varias constituciones estatales han reconocido a las víctimas cuatro derechos básicos: i) el derecho a ser tratadas con justicia, dignidad y respeto; ii) el derecho a que se las mantenga informadas del avance de la investigación y del proceso permanentemente; iii) el derecho a ser informadas cuándo se llevarán a cabo las distintas audiencias del proceso; y iv) el derecho a escuchar ciertos asuntos dentro del proceso que sean relevantes para el testimonio que van a presentar. Esta tendencia llevó a que en 1996, finalmente, se presentara una enmienda a la Constitución de los Estados Unidos dirigida a proteger los derechos de la víctima.³⁸ Los derechos específicos de esta enmienda, y de las constituciones estatales, no se limitan a proteger el interés en la reparación del daño, sino que comprenden actuaciones relativas al interés en el esclarecimiento de los hechos en aras de la verdad, como al interés en el derecho a que la víctima sea escuchada cuando se negocie la condena o se delibere sobre una medida de libertad condicional.

De lo anterior surge que en los distintos sistemas jurídicos de tradición liberal se reconoce que las víctimas y perjudicados tienen un interés para intervenir en el proceso penal, el cual no se reduce a la búsqueda de una reparación material. Igualmente, se observa que, la participación de la víctima y de los

³⁸ El texto de la enmienda constitucional presentada en 1996 reconocía, entre otros, los siguientes derechos a las víctimas de delitos: a ser tratada con justicia, respeto y dignidad; a ser informada oportunamente y a estar en las diligencias donde el acusado tenga el derecho a estar presente; a ser escuchada en toda diligencia relativa a la detención y liberación del acusado, a la negociación de la condena, a la sentencia y libertad condicional; a que se adopten medidas razonables de protección a favor de la víctima durante el juicio y posteriormente, cuando la liberación o fuga del condenado pueda poner en peligro su seguridad; a un juicio rápido y una resolución definitiva del caso sin dilaciones indebidas; a recibir una pronta e integral reparación del condenado; a que no se difunda información confidencial.

perjudicados en el proceso penal, no lo ha transformado en un mecanismo de retaliación contra el procesado, ni ha colocado en el mismo plano el interés económico de quien resulte perjudicado y la libertad de quien está siendo procesado, pues ante la ocurrencia de un hecho punible son también ponderados todos los derechos que han sido vulnerados con la conducta punible lesiva de los bienes jurídicos por ella tutelados.

De lo enunciado anteriormente, brota que tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia—no restringida exclusivamente a una reparación económica— fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible.

De tal manera que 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 reúnen en tres derechos relevantes, relacionados a continuación:

- a) El derecho a la verdad, es decir, 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.³⁹
- b) El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.
- c) El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito.⁴⁰

1.5 CAMBIOS FRENTE AL SISTEMA

Bajo el esquema del modelo mixto que rigió hasta el Acto Legislativo 03 de 2002, la Corte Constitucional consideró que la víctima podía participar en la

³⁹ Ver, entre otros, los casos Velásquez Rodríguez (fundamento 166), Sentencia del 29 de julio de 1988 y Barrios Altos (fundamento 43), Sentencia de 14 de Marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde la Corte resalta como contrarios a la Convención Americana aquellos instrumentos legales desarrollados por los Estados partes que le nieguen a las víctimas su derecho a la verdad y a la justicia.

⁴⁰ Casi todos los sistemas jurídicos reconocen el derecho de las víctimas de un delito a algún tipo de reparación económica, en particular cuando se trata de delitos violentos. Esa reparación puede ser solicitada bien dentro del mismo proceso penal (principalmente en los sistemas romano germánicos) o bien a través de la jurisdicción civil (generalmente en los sistemas del common law). Ver Pradel, Jean. Droit Pénal Comparé. Editorial Dalloz, 1995, páginas 532 y ss.

indagación o investigación previa, aun cuando no existiera un proceso penal propiamente dicho, con derecho a constituirse en parte civil y de esta manera, intervenir en el proceso.⁴¹

Conforme al modelo acusatorio, la efectividad de los derechos de las víctimas y perjudicados por los hechos punibles depende, igualmente, de su intervención en la etapa investigativa. Teniendo en cuenta, que dicha intervención está sujeta a las particularidades del modelo, ejerciendo facultades como parte. Pero el problema principal radica en la necesidad de que se reconozca a la víctima y a los perjudicados la posibilidad de acudir al proceso y hacerse presentes en el juicio. Por ello, se les debe garantizar que oportunamente conozcan de la iniciación o terminación de la investigación y los resultados de la misma así como de la acusación.

La víctima y el perjudicado deben gozar de las mismas facultades genéricas que tiene la defensa, deben estar bajo un mismo plano de igualdad, deben poder actuar en los términos y condiciones similares a como lo pueden hacer los demás sujetos procesales para garantizar el respeto al principio a la igualdad, la observancia del debido proceso y, en mayor escala, asegurar el buen cumplimiento de los fines del Estado y el acceso efectivo a la administración de justicia. Su papel no puede ser la de un simple interviniente, sino la de un verdadero protagonista en la búsqueda de la verdad y el logro de una justicia real y efectiva.

En el modelo adversarial bajo el sistema acusatorio, este tratamiento equitativo de la víctima debe ser mas fuerte, a fin de lograr que efectivamente exista una confrontación entre iguales, con argumentos jurídicos, con iguales oportunidades de poder ser victoriosos y lograr la eficacia al triunfar en el caso que se discuta.

Para facilitar lo mencionado anteriormente, el sistema acusatorio debe garantizar que la víctima pueda acceder a los medios requeridos para participar activamente en el proceso, de tal manera que en este sistema se tiene que encontrar en igualdad de condiciones y oportunidades que la defensa, tanto en los medios técnicos que tiene el estado como al juez de control de garantías para solicitar la afectación de derechos fundamentales de particulares, a los órganos de investigación, entre otros.

En el nuevo sistema penal acusatorio, la víctima no es un sujeto pasivo, sino que debe reconocérsele la posibilidad de buscar justicia, de poder formular una acusación privada, o de debatir o proponer fórmulas de reparación y recuperación del daño provocado por el hecho punible.

Sin embargo, la participación de la víctima no ha sido ni será en el nuevo sistema, obligatoria, ya que no es un pilar principal de cargas opuestas o adversas (Fiscalía y Defensa), por tal razón este derecho se refiere la facultad de poder participar, el cual debe ser garantizado por el Estado mas no

⁴¹ Sentencias C-228 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, y T-249 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

restringido y si esto sucede se estaría impidiendo su participación, cuando esta se justifica, violándose así el debido proceso

1.5.1 Intervención de la víctima: “Es así como a la luz de la nueva regulación legal, las víctimas de un delito en garantía de los derechos que les asiste a la verdad, la justicia y la reparación, pueden intervenir en todas las fases de la actuación penal para demandar la adopción de medidas de atención indispensables en orden a garantizar su seguridad personal y familiar, como también las de protección necesarias frente a toda injerencia indebida a su privacidad o dignidad.

Así mismo, pueden acceder a la justicia en condiciones de igualdad para la determinación de sus derechos de carácter civil (restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los perjuicios), a través de la solicitud de las medidas patrimoniales instauradas a su favor o del incidente de reparación integral; tienen derecho igualmente, a conocer la realidad de los hechos o a ser debidamente informadas sobre el desarrollo de averiguación, el juicio, la sentencia, la dosificación de la pena y cuanto sea de su interés a efecto de promover el incidente de reparación integral”⁴².

Dentro del sistema acusatorio se reconoce a la víctima como interviniente, no parte, en la actuación penal, con miras no sólo a su atención y protección, sino también a la reparación integral.

Según el Código de Procedimiento Penal, se entiende por víctimas “las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente haya sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.

Y la condición de víctima “se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con éste.

1.6 ATENCIÓN Y PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

La Fiscalía General de la Nación debe adoptar las medidas necesarias para la atención de las víctimas, la garantía de su seguridad personal y familiar y la protección frente a toda publicidad que implique un ataque indebido a su vida privada o dignidad.

Las medidas de atención y protección consisten en lo siguiente:

⁴² Exposición de motivos, Proyecto de Ley Estatutaria 1/2003 Cámara. Gaceta del Congreso N° 339, jul. 23/2003, pág. 61).

Las víctimas, en garantía de su seguridad y el respeto a su intimidad, podrán por conducto del fiscal solicitar al juez de control de garantías las medidas indispensables para su atención y protección. Igual solicitud podrán formular las víctimas, por sí mismas o por medio de su abogado, durante el juicio oral y el incidente de reparación integral.

Ahora las víctimas sin necesidad de presentar demanda de parte civil por conducto de abogado, pueden directamente, como intervinientes, pedir al juez de control de garantías, por conducto del fiscal, en la etapa del perjuicio, y en la etapa del juicio público y oral y el incidente de reparación integral, las medidas indispensables para su atención y protección.

1.7 GARANTÍA DE COMUNICACIÓN A LAS VÍCTIMAS

Los derechos reconocidos serán comunicados por el fiscal a la víctima desde el momento mismo en que intervenga.

Igualmente se le informará sobre las facultades y derechos que puede ejercer por los perjuicios causados por el delito, y de la disponibilidad que tiene de formular una pretensión indemnizatoria en el proceso por conducto del fiscal o de manera directa ante el juez de conocimiento en el incidente de reparación integral.

1.8 INTERVENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA ACTUACIÓN PENAL

Las víctimas del delito, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen derecho de intervenir en todas las fases o etapas de la actuación penal, de acuerdo con estas reglas.

a) Las víctimas podrán solicitar al fiscal en cualquier momento de la actuación medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra de sus familiares.

b) El interrogatorio de las víctimas debe realizarse con respeto de su situación personal, derechos y dignidad.

c) Para ejercicio de sus derechos, a deferencia de los que anteriormente ocurría, 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.

d) En caso de existir pluralidad de víctimas, el fiscal durante la investigación, solicitará que éstas designen hasta dos abogados que las represente. De no llegarse aun acuerdo, el fiscal determinará lo más conveniente y efectivo:

e) El juez podrá en forma excepcional, y con el fin de proteger a las víctimas, decretar que durante su intervención el juicio se celebre a puerta cerrada; y

f) Las víctimas podrán formular ante el juez de conocimiento el incidente de reparación integral, una vez establecida la responsabilidad del imputado.

2. LA VÍCTIMA A LA LUZ DE LA ACTUAL NORMATIVIDAD PENAL.

La ley 906 de 2004⁴³, al aumentar ostensiblemente el articulado que trata los derechos de las víctimas pareciere haber mejorado de forma sustancial la situación de éstas en comparación a la ley 600 de 2000, pero en realidad se hace necesario analizar detenidamente la legislación vigente para poder verificarlo, y para ello se tiene que mirar todo el rol que juega la víctima, debiendo distinguir sus derechos, garantías y obligaciones, su participación a través de medio de prueba (testimonio), como querellante o simplemente como víctima.

Por lo anterior, a continuación se hará una transcripción de cada uno de los artículos de la ley 906 de agosto 31 de 2004, Diario Oficial No. 45.657, que a nuestro modo de ver hacen referencia directa o indirectamente a las víctimas, para renglón seguido efectuar algunos comentarios bibliográficos, normativos, jurisprudenciales, doctrinarios, o bien referencias personales que permitan fijar criterios sobre la eficacia y eficiencia de su futura aplicabilidad.

De este modo se podrá valorar los beneficios que otorga el sistema penal acusatorio a las víctimas de un delito y detectar si alguna garantía termina convirtiéndose en una obligación, para finalmente desentrañar si la verdadera intención del legislador fue propender por los derechos de las víctimas o por el contrario, se le están negando las herramientas para obtener plenas garantías durante todo el proceso penal, ya que también muchas veces un derecho puede degenerarse en una carga procesal insostenible.

Articulado de la ley 906 de 2004 relacionado con las víctimas.

“TITULO PRELIMINAR. PRINCIPIOS RECTORES Y GARANTIAS PROCESALES.

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;

⁴³ Ley 906 de 2004, Ediciones Legis, Bogotá, 2003.

- 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.”

Comentario:

Este principio rector se desarrolla a través del articulado disperso que presenta la ley 906 y que a lo largo de este capítulo se analizará uno por uno.

Si bien pareciere que inicia haciendo una mezcla de un principio y una norma rectora, esto es, alude al respecto de la dignidad humana “un trato humano y digno”, “la protección de su intimidad”; para luego enumerar una serie de derechos patrimoniales y garantías procesales; en realidad lo que se puede extraer positivamente de esta disposición legal, es que se quiere dignificar la actuación procesal de la víctima, otorgarle un status como parte importante de la litis y no generarle una doble victimización con los infortunados procedimientos de los sistemas inquisitivo y mixto.

Para ello basta dar un vistazo a la ley 600 de 2000, en donde solo se habla de una forma muy sucinta de los derechos de las víctimas en las normas rectoras, -“restablecimiento y reparación del derecho”- en el artículo 21,⁴⁴ cuando hace alusión a que el funcionario judicial debe adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión de la conducta punible, las cosas vuelvan a su estado anterior y se indemnicen los perjuicios causados.

“LIBRO I. DISPOSICIONES GENERALES. CAPITULO VII. IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES.

⁴⁴ Ley 600 de 2000, art. 21. Ediciones Legis, Bogotá, 2003.

ARTÍCULO 56. CAUSALES DE IMPEDIMENTO. Son causales de impedimento:

2. Que el funcionario judicial sea acreedor o deudor de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado, de su cónyuge o compañero permanente o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

5. Que exista amistad íntima o enemistad grave entre alguna de las partes, denunciante, víctima o perjudicado y el funcionario judicial.

9. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, sea socio, en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada o en comandita simple o de hecho, de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado.”

Comentario:

En realidad no se hace ningún aporte nuevo en cuanto a impedimentos y recusaciones, sino que se presenta el contenido de la ley 600 de 2000⁴⁵, en cuanto a esta materia. Son entonces las mismas prohibiciones que pretenden evitar que hayan intereses de por medio entre la víctima y el funcionario judicial, u otra parte o interviniente en pro de la imparcialidad.

“TITULO II. ACCION PENAL. CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES.

ARTÍCULO 71. QUERELLANTE LEGÍTIMO. La querella únicamente puede ser presentada por el sujeto pasivo del delito. Si este fuere incapaz o persona jurídica, debe ser formulada por su representante legal. Si el querellante legítimo ha fallecido, podrán presentarla sus herederos.

Cuando el sujeto pasivo estuviere imposibilitado para formular la querella, o sea incapaz y carezca de representante legal, o este sea autor o partícipe del delito, puede presentarla el Defensor de Familia, el agente del Ministerio Público o los perjudicados directos.

En el delito de inasistencia alimentaria será también querellante legítimo el Defensor de Familia.

El Procurador General de la Nación podrá formular querella cuando se afecte el interés público o colectivo.

La intervención de un servidor público como representante de un menor incapaz, no impide que pueda conciliar o desistir. El juez tendrá especial cuidado de verificar que la causa de esta actuación o del acuerdo, se produzca en beneficio de la víctima para garantizar la reparación integral o la indemnización económica.”

Comentario:

⁴⁵ Ley 600 de 2000 art. 99. Ediciones Legis Bogotá 2003.

El contenido normativo es el mismo que presenta la ley 600 en su artículo 32 y solo agrega los dos últimos incisos que buscan precisar la intervención de los funcionarios públicos cuando actúan como representantes legales de los menores o incapaces a fin de garantizar sus derechos.⁴⁶

“CAPITULO II. COMISO.

ARTÍCULO 82. PROCEDENCIA. El comiso procederá sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe.

Cuando los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito sean mezclados o encubiertos con bienes de lícita procedencia, el comiso procederá hasta el valor estimado del producto ilícito, salvo que con tal conducta se configure otro delito, pues en este último evento procederá sobre la totalidad de los bienes comprometidos en ella.

Sin perjuicio también de los derechos de las víctimas y terceros de buena fe, el comiso procederá sobre los bienes del penalmente responsable cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto del delito, cuando de estos no sea posible su localización, identificación o afectación material, o no resulte procedente el comiso en los términos previstos en los incisos precedentes.

Decretado el comiso, los bienes pasarán en forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes, a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferente.

PARÁGRAFO. Para los efectos del comiso se entenderán por bienes todos los que sean susceptibles de valoración económica o sobre los cuales pueda recaer derecho de dominio, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos que pongan de manifiesto el derecho sobre los mismos.”

Comentario:

De la lectura del segundo inciso queda la impresión que la nueva ley 906, persiguiera un único interés -incautar bienes para la fiscalía- y no la protección de los intereses de la víctima; en comparación con la figura del comiso en la ley 600 que hace relación directa a uno de los fines para los cuales esta diseñado, que es garantizar el pago de los perjuicios a las víctimas.⁴⁷

De igual forma se puede apreciar que la ley 600 en su art. 67, hace alusión en el mismo artículo a dos figuras diferentes, el comiso y la afectación de bienes en delitos culposos. En cambio la ley 906 varía su redacción y divide estos

⁴⁶ Ley 600 de 2000 art. 32. Ediciones Legis, Bogotá 2003.

⁴⁷ Ibid., art. 67.

conceptos correctamente, hablando de la afectación de bienes en delitos culposos en el artículo 100 de la misma ley, como se verá mas adelante.

“CAPITULO III. MEDIDAS CAUTELARES.

ARTÍCULO 92. MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BIENES. El juez de control de garantías, en la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella, a petición del fiscal o de las víctimas directas podrá decretar sobre bienes del imputado o del acusado las medidas cautelares necesarias para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito.

La víctima directa acreditará sumariamente su condición de tal, la naturaleza del daño recibido y la cuantía de su pretensión.

El embargo y secuestro de los bienes se ordenará en cuantía suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado, previa caución que se debe prestar de acuerdo al régimen establecido en el Código de Procedimiento Civil, salvo que la solicitud sea formulada por el fiscal o que exista motivo fundado para eximir de ella al peticionante. El juez, una vez decretado el embargo y secuestro, designará secuestre y adelantará el trámite posterior conforme a las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil.

PARÁGRAFO. En los procesos en los que sean víctimas los menores de edad o los incapaces, el Ministerio Público podrá solicitar el embargo y secuestro de los bienes del imputado en las mismas condiciones señaladas en este artículo, salvo la obligación de prestar caución.”

Comentario:

Aquí la norma es más generosa en cuanto a las garantías de la víctima, y define claramente los propósitos del embargo y el secuestro, que son la reparación a las víctimas de las conductas punibles.

La diferencia notoria entre las dos leyes en comento es que la facultad de decretar el embargo y secuestro, es propia del juez de garantías y no del Fiscal como operaba en la ley 600 de 2000.⁴⁸

“ARTÍCULO 99. MEDIDAS PATRIMONIALES A FAVOR DE LAS VÍCTIMAS. El fiscal, a solicitud del interesado, podrá:

1. Ordenar la restitución inmediata a la víctima de los bienes objeto del delito que hubieren sido recuperados.
2. Autorizar a la víctima el uso y disfrute provisional de bienes que, habiendo sido adquiridos de buena fe, hubieran sido objeto de delito.
3. Reconocer las ayudas provisionales con cargo al fondo de compensación para las víctimas.”

⁴⁸ Ley 600 de 2000, art. 60. Ediciones Legis Bogotá 2003.

Comentario.

Esta norma pretende dar mayor claridad y aplicabilidad al artículo 64 de la ley 600 de 2000,⁴⁹ en cuanto a los bienes de las víctimas, los cuales generalmente por falta de una buena interpretación normativa, permanecían por mucho tiempo en poder de la Fiscalía, sin justificación alguna y sin necesidad probatoria, generando con ello un doble perjuicio al afectado, quien se veía privado por mucho tiempo de su bien.

Otra figura novedosa de la cual se desconocen sus alcances y practicidad, es la relativa al fondo de compensación para las víctimas, pues pasados ya varios meses de la implementación del nuevo sistema acusatorio, no se tiene noticia alguna.

“ARTÍCULO 100. AFECTACIÓN DE BIENES EN DELITOS CULPOSOS:

En los delitos culposos, los vehículos automotores, naves, aeronaves o cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio, una vez cumplidas dentro de los diez (10) días siguientes a las previsiones de este código para la cadena de custodia, se entregarán provisionalmente al propietario, poseedor o tenedor legítimo, salvo que se haya solicitado y decretado su embargo y secuestro.

INCISO FINAL.

La entrega será definitiva cuando se garantice el pago de los perjuicios o se hayan embargado bienes del imputado o acusado en cuantía suficiente para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito”

Comentario:

Como ya se anotó, este artículo resultó de la división del artículo 67 de la ley 600 de 2000, con lo cual se pretende dar mayor claridad y separar dos conceptos diferentes, el comiso y la afectación de bienes en delitos culposos. Pero en realidad no trae nada novedoso ni se le puede atribuir la efectividad que se ha pretendido imprimir, en aras de garantizar la pronta reparación a las víctimas.

“ARTÍCULO 102. PROCEDENCIA Y EJERCICIO DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL. Emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, y convocará a audiencia pública dentro de los ocho (8) días siguientes.

Cuando la pretensión sea exclusivamente económica, solo podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes.

⁴⁹ Ley 600 de 2000, art. 64. Ediciones Legis, Bogotá 2003.

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 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.”

Comentario:

Esta figura presenta unas connotaciones novedosas en el sistema penal colombiano con unos ingredientes que podrían tildarse de favorables para las víctimas, en cuanto que no se requiere para hacer efectivo este incidente, el trámite muchas veces dispendioso y exigente de iniciar la demanda de acción civil.

Pero también se puede afirmar que resulta poco equiparable a la ventaja procesal que presenta la ley 600,⁵⁰ en cuanto a que es posible iniciar dicha acción civil pese a su rigurosidad, y que el fiscal debe tramitarla para que finalmente el juez se pronuncie respecto a ésta; ya que la ley 906 de 2004, no contempla esta posibilidad, sino que obliga a la víctima a acudir a la jurisdicción civil cuando no prosperan los mecanismos de justicia restaurativa.⁵¹

No se debe pasar por alto que por su parte la ley 600 tiene parámetros y que si no se incoa la acción civil a tiempo, se puede presentar su prescripción. Por ello esta facultad de los agraviados con el hecho punible está encaminada a hacer efectiva la pretensión de naturaleza patrimonial reparatoria y no puede extenderse en el tiempo sin límite alguno, la ley se ha encargado de determinar unos plazos perentorios dentro de los cuales ello debe hacerse⁵².

Al efecto debe distinguirse si la acción (pretensión) es de carácter directo (la iniciada contra el responsable penalmente) o indirecto -contra el tercero

⁵⁰ Ley 600 de 2000, art. 45 y ss. Ediciones Legis, Bogotá 2003.

⁵¹ Ibid., art. 521.

⁵² Código Civil, art. 2358, Ediciones Leyer, Bogotá 1994.

civilmente responsable-. La acción-pretensión civil directa prescribe en un lapso de veinte años, contados a partir de la comisión del hecho, si se entabla por fuera del proceso penal; y, si se hace dentro de este, el lapso coincide con el de prescripción de la respectiva acción penal que equivale al monto de la pena sin ser inferior a cinco ni superior a veinte años, atendidas ciertas precisiones legales.

Esto cuando se trata de delitos, pues cuando se trata de contravenciones penales dicho lapso es de dos años según lo definido en la ley 23 de 1991, en su artículo diez.⁵³

En cuanto a la responsabilidad indirecta, se ha previsto que el lapso es de tres años contados desde la perpetración del acto, según lo advierte el Código Civil Colombiano en su artículo 2358, inciso segundo.

También como muestra de que se busca dar garantías a la víctima, se ha dispuesto que las causas de extinción de la punibilidad ya vistas, no comprenden las obligaciones civiles derivadas del hecho punible.⁵⁴

De otra parte la ley 600 de 2000, prevé la figura de indemnización integral, acogiendo los postulados de la criminología crítica sobre la creación de mecanismos que permitan la desjudicialización de ciertos conflictos sociales, permitiendo la extinción de la acción penal por indemnización integral de los perjuicios en los delitos de homicidio culposo y lesiones culposas, cuando no concurren en circunstancias de agravación punitiva y en los delitos contra el patrimonio económico, excepto el hurto calificado y la extorsión.

La norma exige reparación integral por cuanto la extinción de la acción por indemnización puede producirse aún en contra de la voluntad de los perjudicados. De manera que si se realiza la reparación del daño, el funcionario judicial, oficiosamente, sin necesidad de desistimiento expreso, puede decretar la preclusión de la investigación o la cesación de procedimiento.⁵⁵

Por lo anterior puede decirse entonces que en la nueva ley 906, la víctima está expuesta a dos contingencias procesales, una penal y otra civil, lo que trae consigo las peculiaridades propias de cada jurisdicción y las cargas probatorias que en últimas no son mas que otra victimización, por su compleja e inoportuna aplicación.

“TITULO III. MINISTERIO PUBLICO.

ARTÍCULO 111. FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO. Son funciones del Ministerio Público en la indagación, la investigación y el juzgamiento:

c) Velar porque se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, así como verificar su efectiva protección por el Estado;

⁵³ Ley 23 de 1991. Art. 10. Ediciones Bruno, Bogota 1993.

⁵⁴ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal, Bogotá, Editorial Temis, 1995. Pag. 713

⁵⁵ BERNAL, Jaime y MONTEALEGRE, Eduardo. El Proceso Penal, Bogotá, Editorial Panamericana Formas e Impresos, 1995. Pág.455

d) Participar en aquellas diligencias o actuaciones donde proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima individual o colectiva y en las que exista disponibilidad oficial de la acción penal, procurando que la voluntad otorgada sea real y que no se afecten los derechos de los perjudicados, así como los principios de verdad y justicia, en los eventos de aplicación del principio de oportunidad.”

Comentario:

No se registra nada nuevo en cuanto a la participación del ministerio público, por el contrario fue tema de discusión en el proyecto de la ley 906 de 2004, si en realidad este organismo registraba eficacia al momento de la actuación procesal, faltando poco para que se relegara su participación a un segundo plano. No obstante lo anterior, el nuevo código de procedimiento mantiene vigente la figura que otorga al Ministerio Público, el deber de velar por la protección a la víctima del delito en todas las etapas procesales, y garantizar el debido proceso para el imputado.

“TITULO IV. PARTES E INTERVINIENTES. CAPITULO I. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

ARTÍCULO 114. ATRIBUCIONES. La Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene las siguientes atribuciones:

6. Velar por la protección de las víctimas, testigos y peritos que la Fiscalía pretenda presentar.

La protección de los testigos y peritos que pretenda presentar la defensa será a cargo de la Defensoría del Pueblo, la de jurados y jueces, del Consejo Superior de la Judicatura.

8. Solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

12. Solicitar ante el juez del conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto.”

Comentario:

Actualmente la herramienta para garantizar la aplicabilidad de este articulado, en cuanto a la protección de víctimas y testigos, es el decreto 1834 de 1992, mediante la cual se creó el programa de protección a testigos, víctimas, intervinientes del proceso y funcionarios de la Fiscalía, desde hace 12 años.

Pero en la práctica, la verdad es que este programa no ha podido satisfacer los requerimientos para lo cual fue diseñado, debido a su pobre infraestructura, debilidad operativa, insuficiencia de recursos y mal diseño normativo. Por ello se puede asegurar, sin temor a equivocaciones, que si este programa no

obtuvo sus frutos en el sistema penal mixto, menos los podrá recoger en el sistema acusatorio, en donde la víctimas para garantizar su rol, se ven mas expuestas a los peligros que adquieren con su testimonio o su calidad misma.

A la fecha no se ha legislado, ni se han creado figuras que propendan por garantizar la protección de las víctimas y testigos que, pese a que ahora se le endilga al juez el deber de garantizarla, no le entrega herramientas distintas a las obsoletas ya conocidas.⁵⁶

Nótese cómo la ley 906 de 2004, excluyó del programa de protección a los demás intervinientes del proceso y a los funcionarios judiciales en el numeral sexto del artículo 114.

Desde antes de entrar en vigencia el sistema penal acusatorio, la propia oficina en Colombia del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, ha sido consciente de la debilidad que agobia al programa de protección y por ello en Enero del presente año, efectuó una convocatoria para el nombramiento de un consultor(a) nacional dentro de un proyecto de fortalecimiento a la fiscalía general en el programa de protección para testigos, víctimas, intervinientes en el proceso penal y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación; a fin de crear mecanismos que permitan ofrecer una verdadera protección.

Los argumentos que sirvieron de sustento para esta decisión fueron, entre otros, que dicha oficina, ha podido constatar que el programa de protección en Colombia, no cuenta con la necesaria capacidad para cumplir con su responsabilidad de proporcionar los medios que posibiliten adelantar los procesos penales y descubrir y acusar a los responsables, sin exponer a graves riesgos a los testigos, a las víctimas de los delitos y a los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación que participen en dichos procesos.

En el año 2001 la Oficina Del Alto Comisionado De Las Naciones Unidas Para Los Derechos Humanos, realizó un diagnóstico sobre la situación del programa de protección de testigos, víctimas e intervinientes en el proceso penal el mismo que fue presentado al Fiscal General en Agosto de ese mismo año. El documento contiene recomendaciones de corto, mediano y largo plazo, orientadas a producir cambios legales como estructurales dentro del programa.

El alto comisionado en las recomendaciones sobre Colombia para el año 2003, hizo un llamado de urgencia al señor Fiscal General para que se introdujeran en el programa de protección de testigos y víctimas “los cambios que permitan una rápida identificación de los riesgos y una pronta adopción en las medidas para afrontarlos”.

La oficina suscribió una carta de entendimiento con la Fiscalía General de la Nación, que tiene como resultado previsto la adopción e implementación de las recomendaciones formuladas por la oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el “diagnóstico sobre

⁵⁶ Decreto 1834 de Noviembre 13 de 1992. Ediciones Unidas, Bogotá 1993.

el programa de protección de Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación”, presentado en Junio del año 2001; con la finalidad de que ofrezca una mejor respuesta en relación con los mecanismos existentes para abordar una protección eficaz, lo cual permitiría fortalecer a su vez las garantías de una adecuada administración de justicia.

Por ello y con el fin de buscar mejores formulas el consultor nacional designado , -que entre otras cosas no se conocen las consecuencias de su nombramiento- bajo la Coordinación del Proyecto y supervisión del Área de Cooperación Técnica, tiene como misión apoyar al asesor internacional en las siguientes funciones:

3. Analizar el informe sobre el estado de implementación de las recomendaciones, discutir su contenido y priorizar las áreas de trabajo de corto, mediano y largo plazo;
4. Asesorar a la Jefatura del Programa de Protección para el desarrollo de acciones tendientes a la implementación de cada una de las recomendaciones contenidas en el diagnóstico;
5. Asesorar a la Fiscalía General para la adopción de un marco legal y reglamentario para implementar medidas que materialicen efectivamente la protección.
6. Analizar el impacto de la puesta en marcha del sistema acusatorio en el programa.
7. Presentar una propuesta para el seguimiento a la implementación de las recomendaciones con un cronograma.
8. Realizar viajes a las diferentes unidades regionales del programa para determinar la situación de las mismas.
9. Asesorar el desarrollo de una propuesta que incorpore la protección de funcionarios de la fiscalía al programa y la posibilidad de integrar acciones con otros órganos de la rama judicial.
10. Contribuir al diseño del plan integral de capacitación a los funcionarios del programa y capacitarlos.
11. Elaborar un cronograma y plan de trabajo los 15 primeros días de iniciada su labor.
12. Apoyar al asesor/a del programa en las tareas que se le solicite.⁵⁷

Finalmente en este momento el avance en los objetivos propuestos con esta decisión de la Oficina de Derechos Humanos en Colombia, no se ha dejado ver, pese a los desalentadores reportes que la Comisionada de los Derechos Humanos en Colombia hizo en Abril del año que avanza:

“Señor presidente: No obstante los positivos esfuerzos desarrollados por las autoridades colombianas, debo reiterar este año que la situación humanitaria y de respeto al derecho internacional humanitario en el país continúa siendo crítica. La persistencia del conflicto armado interno sigue teniendo un impacto

⁵⁷ Convocatoria de Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Colombia. En pag. Web. www.hchr.org.co. Enero 16 de 2005.

negativo sobre la población civil colombiana y sobre el goce de sus derechos humanos.

Debo subrayar que, infortunadamente, los grupos armados al margen de la ley desatendieron totalmente las recomendaciones que les formulé en materia de conflicto armado, de observancia del derecho internacional humanitario y de respeto por los derechos humanos. Estos grupos continuaron perpetrando homicidios de personas protegidas, y realizando ataques indiscriminados, tomas de rehenes, actos de terrorismo, desplazamientos forzados, reclutamiento de menores con fines militares, actos de esclavitud sexual y violencia contra mujeres y niñas, y utilizando minas antipersonal.

Las FARC-EP, el ELN y los grupos paramilitares de las AUC siguieron perpetrando actos de violencia y atemorizando a la población civil. Las guerrillas, y en particular las FARC-EP, continuaron siendo los mayores responsables de la toma de rehenes, incluyendo casos en los que se registró la tortura y la muerte de rehenes en su poder.

Mi Oficina también continuó registrando denuncias de infracciones del derecho internacional humanitario por parte de miembros de la fuerza pública, incluyendo el irrespeto de los principios humanitarios de distinción, proporcionalidad, limitación y de inmunidad de la población civil, así como homicidios, desplazamientos forzados, actos de violencia sexual, y pillajes.

La política del Estado para la desmovilización de los miembros de los grupos armados al margen de la ley y las negociaciones del Gobierno con los grupos paramilitares de las AUC, no impidieron que esos grupos siguieran siendo autores de graves infracciones del derecho internacional humanitario. Por el contrario, a pesar de haberse comprometido con un cese de hostilidades, las AUC continuaron cometiendo homicidios, masacres, desplazamientos forzados, tomas de rehenes, desapariciones forzadas, y actos de violencia sexual.”⁵⁸

“CAPITULO IV. VÍCTIMAS.

ARTÍCULO 132. VÍCTIMAS. 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.

La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este.

ARTÍCULO 133. ATENCIÓN Y PROTECCIÓN INMEDIATA A LAS VÍCTIMAS.

La Fiscalía General de la Nación adoptará las medidas necesarias para la atención de las víctimas, la garantía de su seguridad personal y familiar, y la protección frente a toda publicidad que implique un ataque indebido a su vida privada o dignidad.

ARTÍCULO 134. MEDIDAS DE ATENCIÓN Y PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS. Las víctimas, en garantía de su seguridad y el respeto a su

⁵⁸ Declaración de la alta comisionada de las Naciones Unidas. En dlosada@hchr.org.co. Louise Arbour. Abril 13 de 2005.

intimidad, podrán por conducto del fiscal solicitar al juez de control de garantías las medidas indispensables para su atención y protección.

Igual solicitud podrán formular las víctimas, por sí mismas o por medio de su abogado, durante el juicio oral y el incidente de reparación integral.

Las medidas de atención y protección a las víctimas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del imputado o de un juicio justo e imparcial, ni serán incompatibles con estos.”

Comentario:

Si bien el análisis efectuado a la ley 906 tiene como finalidad verificar que papel juegan las víctimas en el nuevo sistema penal, no se puede dejar a un lado los derechos del imputado, por ello es importante preguntarse cómo asegurar el derecho de la víctima sin vulnerar el derecho del imputado, que es una gran dificultad que se observa en el tratamiento que el nuevo sistema penal le otorga a las víctimas.

¿Prima la seguridad e integridad de la víctima hasta el punto que pueda obstaculizar el pleno derecho de la defensa del imputado? El inciso final del artículo 134 reza que no, pero se hace importante reflexionar sobre este aspecto.

El Doctor Carocca, refiere en cuanto a la garantía constitucional de la defensa: “Es obligación asegurar a los interesados la posibilidad de efectuar a lo largo de todo el proceso sus alegaciones y sus pruebas y contradecir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia.”⁵⁹

En cuanto al debido proceso, la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, incorpora dentro de esta noción “el derecho de confrontar y de repreguntar a testigos aducidos por la contraparte (Green contra McElroy, 1959)”⁶⁰

Roxin habla del principio del proceso justo, vinculándolo con el fair trial inglés, que en sus palabras, implica “que, sobre todo, debe asegurar al imputado la oportunidad de defenderse en las mejores condiciones posibles frente a la autoridad de acusación, superior a él en medios”⁶¹.

Se puede también recurrir al contenido del derecho a ser informado de la acusación, que en palabras del profesor Carocca, ya citado, debe extenderse “al material probatorio en que se fundamenta. (...) única manera en que el acusado podrá desplegar eficazmente la actividad necesaria para conseguir su rechazo”.⁶²

⁵⁹Alex Carocca Pérez, Garantía Constitucional de la Defensa Procesal, Ediciones Jurídicas Olejnik, Barcelona, 1998, p. 100.

⁶⁰Arturo Hoyos, El debido proceso, Editorial Temis S.A., 1998, Bogotá, p. 26.

⁶¹Claus Roxin, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000, p. 79-80.

⁶²Carocca, ibíd., p. 263.

Así las cosas en el contexto doctrinario y normativo señalado, significaría vulneración de esta garantía el aceptar la declaración de una víctima testigo, cuyo testimonio no puede ser debatido y cuestionado por la defensa.

O peor aun, ¿no significa hacer tabla rasa de las garantías judiciales mínimas el aceptar que se incorpore como prueba al juicio una declaración de una víctima testigo obtenida sin intervención de la defensa?

Piero Calamandrei señalaba que el “principio fundamental del proceso, su fuerza motriz, su garantía suprema, es el “principio del contradictorio”⁶³, también denominado principio o garantía de la audiencia bilateral o de bilateralidad de la audiencia. Lo que lleva a Carocca a sostener que “el contradictorio, es esencialmente la manifestación técnica en el proceso de la garantía constitucional de la defensa”⁶⁴, que conlleva una exigencia de respeto y tratamiento igualitario para las dos partes.

Principio de igualdad de armas que en palabras de Roxin implica que este “mandato del fair trial puede prohibir, p. Ej., una limitación de los derechos de información y de participación del imputado o de su defensor, no cubiertas por las diferencias lógico-objetivas entre el papel del acusador y del defensor”.⁶⁵

Sin perjuicio de lo señalado, podría ser posible que se hagan algunas concesiones a la protección que, en principio, no afecten el ejercicio del derecho de defensa en su esencia, buscando ese equilibrio tan preciado entre ambos intereses en juego. Porque vale recordar que un sistema moderno debe otorgar importancia a la protección del ofendido quien es el que ha sufrido en su integridad o en su patrimonio el menoscabo o daño producto del delito.

De ahí que el sistema penal colombiano considere, que toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, siendo este derecho no sólo para el enjuiciado sino también para la víctima, ya que este procedimiento es el que en últimas puede llegar a ofrecer más garantías y transparencia para todos los intervinientes.

“ARTÍCULO 135. GARANTÍA DE COMUNICACIÓN A LAS VÍCTIMAS. Los derechos reconocidos serán comunicados por el fiscal a la víctima desde el momento mismo en que esta intervenga.

Igualmente se le informará sobre las facultades y derechos que puede ejercer por los perjuicios causados con el injusto, y de la disponibilidad que tiene de formular una pretensión indemnizatoria en el proceso por conducto del fiscal, o de manera directa en el incidente de reparación integral.

ARTÍCULO 136. DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN. A quien demuestre sumariamente su calidad de víctima, la policía judicial y la Fiscalía General de la Nación le suministrarán información sobre:

1. Organizaciones a las que puede dirigirse para obtener apoyo.
2. El tipo de apoyo o de servicios que puede recibir.

⁶³ En Carocca, cit., p. 308.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 313.

⁶⁵ Roxin, *ibíd.*, p. 81.

3. El lugar y el modo de presentar una denuncia o una querrela.
 4. Las actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto de aquellas.
 5. El modo y las condiciones en que puede pedir protección.
 6. Las condiciones en que de modo gratuito puede acceder a asesoría o asistencia jurídicas, asistencia o asesoría psicológicas u otro tipo de asesoría.
 7. Los requisitos para acceder a una indemnización.
 8. Los mecanismos de defensa que puede utilizar.
 9. El trámite dado a su denuncia o querrela.
 10. Los elementos pertinentes que le permitan, en caso de acusación o preclusión, seguir el desarrollo de la actuación.
 11. La posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad y a ser escuchada tanto por la fiscalía como por el juez de control de garantías, cuando haya lugar a ello.
 12. La fecha y el lugar del juicio oral.
 13. El derecho que le asiste a promover el incidente de reparación integral.
 14. La fecha en que tendrá lugar la audiencia de dosificación de la pena y sentencia.
 15. La sentencia del juez.
- También adoptará las medidas necesarias para garantizar, en caso de existir un riesgo para las víctimas que participen en la actuación, que se les informe sobre la puesta en libertad de la persona inculpada.”

Comentario:

Estos dos artículos son novedosos en la legislación analizada y no son mas que el desarrollo del artículo 11, ya analizado, que buscan ofrecer a la víctima una información, clara, precisa y oportuna, sobre como debe actuar en el proceso penal. Con esto se propende por reconocer la condición de la víctima, desde que se presenta el hecho punible que da origen a la afectación de sus derechos, y cual es el momento procesal para empezar a hacer efectivos sus derechos y deberes, sin que tenga que acudir a largos procedimientos para conocer cuales son sus roles dentro de la investigación penal.

Pero es suficiente esta información si no existe forma de materializar efectiva y oportunamente todo lo ofrecido? Mas adelante reflexionaremos sobre el particular.

“ARTÍCULO 137. INTERVENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA ACTUACIÓN PENAL. 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:

1. Las víctimas podrán solicitar al fiscal en cualquier momento de la actuación medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o de sus familiares.
2. El interrogatorio de las víctimas debe realizarse con respeto de su situación personal, derechos y dignidad.
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.

4. En caso de existir pluralidad de víctimas, el fiscal, durante la investigación, solicitará que estas designen hasta dos abogados que las represente. De no llegarse a un acuerdo, el fiscal determinará lo más conveniente y efectivo.

5. Si la víctima no contare con medios suficientes para contratar un abogado a fin de intervenir, previa solicitud y comprobación sumaria de la necesidad, la Fiscalía General de la Nación le designará uno de oficio.

6. El juez podrá en forma excepcional, y con el fin de proteger a las víctimas, decretar que durante su intervención el juicio se celebre a puerta cerrada.

7. Las víctimas podrán formular ante el juez de conocimiento el incidente de reparación integral, una vez establecida la responsabilidad penal del imputado.”

Comentario:

La Ley 906 pretende garantizar -al menos teóricamente- la vigencia de los derechos de las víctimas en el proceso, introduciendo paulatinamente en la legislación penal colombiana, artículos tomados de diversas normas de carácter internacional tales como, la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1985, sobre los principios básicos de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder, la cual para efectos de una mayor comprensión transcribiremos:

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

La Asamblea General

Recordando que el VI Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente recomendó que las Naciones Unidas continuaran su actual labor de elaboración de directrices y normas acerca del abuso del poder económico y político,

Consciente de que millones de personas en el mundo sufren daños como resultado de delitos y del abuso de poder y de que los derechos de esas víctimas no han sido reconocidos adecuadamente,

Reconociendo que las víctimas de delitos y las víctimas del abuso de poder, y frecuentemente también sus familias, los testigos y otras personas que les prestan ayuda, están expuestos injustamente a pérdidas, daños o perjuicios, y que además pueden sufrir dificultades cuando comparecen en el enjuiciamiento de los delincuentes,

1. Afirma la necesidad de que se adopten medidas nacionales e internacionales a fin de garantizar el reconocimiento y el respeto universales y efectivos de los derechos de las víctimas de delitos y del abuso de poder;

2. Destaca la necesidad de promover el progreso de todos los Estados en los esfuerzos que realicen en ese sentido, sin perjuicio de los derechos de los sospechosos o delincuentes;

3. Aprueba la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, incluida como anexo de la presente resolución, la que tiene por objeto ayudar a los gobiernos y a la comunidad internacional en sus esfuerzos por garantizar la justicia y la asistencia a las víctimas de delitos y a las víctimas del abuso de poder;

4. Insta a los Estados Miembros a que tomen las medidas necesarias para poner en vigor las disposiciones contenidas en la Declaración y, a fin de reducir la victimización a que se hace referencia más adelante, por esforzarse por:

a) Aplicar políticas sociales, sanitarias, incluida la salud mental, educativas y económicas y políticas dirigidas específicamente a la prevención del delito con objeto de reducir la victimización y alentar la asistencia a las víctimas que la necesiten;

b) Promover los esfuerzos de la comunidad y la participación de la población en la prevención del delito;

c) Revisar periódicamente su legislación y prácticas vigentes con objeto de adaptarlas a las circunstancias cambiantes, y promulgar y hacer cumplir leyes por las cuales se proscriban los actos que infrinjan normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos, las conductas de las empresas y otros abusos de poder;

d) Crear y fortalecer los medios para detectar, enjuiciar y condenar a los culpables de delitos;

e) Promover la revelación de la información pertinente, a fin de someter la conducta oficial y las conductas de las empresas a examen público, y otros medios de que se tengan más en cuenta las inquietudes de la población;

f) Fomentar la observancia de códigos de conducta y principios éticos, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal encargado de hacer cumplir la ley, el correccional, el médico, el de los servicios sociales y el militar, así como por los empleados de las empresas de carácter económico.

g) Prohibir las prácticas y los procedimientos conducentes al abuso, como los lugares de detención secretos y la detención con incomunicación;

h) Cooperar con otros Estados, mediante la asistencia judicial y administrativa mutua, en asuntos tales como la búsqueda y el enjuiciamiento de delincuentes, su extradición y la incautación de sus bienes, para destinarlos al resarcimientos de las víctimas;

5. Recomienda que, en los planos internacional y regional, se adopten todas las medidas apropiadas tendientes a:

a) promover las actividades de formación destinadas a fomentar el respeto de las normas y principios de las Naciones Unidas y reducir los posibles abusos;

b) Patrocinar las investigaciones prácticas de carácter cooperativo sobre los modos de reducir la victimización y ayudar a las víctimas, y promover intercambios de información sobre los medios más eficaces de alcanzar esos fines;

- c) Prestar ayuda directa a los gobiernos que la soliciten con miras a ayudarlos a reducir la victimización y aliviar la situación de las víctimas;
- d) Establecer medios de proporcionar un recurso a las víctimas cuando los procedimientos nacionales resulten insuficientes;

6. Pide al Secretario General que invite a los Estados Miembros a que informen periódicamente a la Asamblea General sobre la aplicación de la Declaración, así como sobre las medidas que adopten a ese efecto;

7. Pide también al Secretario General que aproveche las oportunidades que ofrecen todos los órganos y organizaciones pertinentes del sistema de las Naciones Unidas a fin de prestar asistencia a los Estados Miembros, cuando sea necesario, para mejorar los medios de proteger a las víctimas a nivel nacional y mediante la cooperación internacional;

8. Pide además al Secretario General que promueva los objetivos de la Declaración, procurando especialmente que la difusión de ésta sea lo más amplia posible;

9. Insta a los organismos especializados, otras entidades y órganos del sistema de las Naciones Unidas, y a otras organizaciones pertinentes, intergubernamentales y no gubernamentales, así como a la población en general, a que cooperen en la aplicación de las disposiciones de la Declaración".

ANEXO

"Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder:

A. Las víctimas de delitos

1. Se entenderá por "víctimas" a 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 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.

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, los 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 estos 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 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 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.

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.

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.

Asistencia

14. La 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" a 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 18.

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 establecer derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio".⁶⁶

También otras normas de carácter internacional relativas a los derechos de la víctimas en el proceso penal, dejan ver algunos ingredientes en el nuevo sistema penal acusatorio colombiano, entre ellas se pueden referir:

3. Decisión Marco del Consejo de Marzo 15 de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.
4. Declaración de los principios fundamentales de Justicia relativos a las víctimas de la criminalidad y del abuso de poder.
5. Recomendación (85) 4, adoptada por el comité de ministros del consejo de Europa del 26 de Marzo de 1985 sobre la violencia dentro de la familia.
6. Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal.
7. Recomendación (87) 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización.
8. Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de junio de 1986, sobre las agresiones a la mujer.
9. Convención Europea, de 24 de noviembre de 1983, sobre la compensación a las víctimas de delitos violentos.
10. Convención de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1984, sobre la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
11. Acción común, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños.
12. Resolución (77) 27, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de septiembre de 1977, sobre indemnización a las víctimas del delito.
13. Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 23 de noviembre de 1995, relativa a la protección de los testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional.

“CAPITULO II. PUBLICIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS.

ARTÍCULO 149. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD. Todas las audiencias que se desarrollen durante la etapa de juzgamiento serán públicas y no se podrá denegar el acceso a nadie, sin decisión judicial previa. Aun cuando se limite la publicidad al máximo, no podrá excluirse a la fiscalía, el acusado, la defensa, el Ministerio Público, la víctima y su representación legal.”

⁶⁶ Declaración de la Asamblea de las Naciones Unidas 1985, en CHAVES RAMIREZ, Alfonso, La Conciliación. Varios Autores, Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Asociación de Ciencias Penales Costa Rica. San José de Costa Rica, Noviembre 1996.

ARTÍCULO 151. RESTRICCIONES A LA PUBLICIDAD POR MOTIVOS DE SEGURIDAD O RESPETO A LAS VÍCTIMAS MENORES DE EDAD. En caso de que fuere llamada a declarar una víctima menor de edad, el juez podrá limitar total o parcialmente el acceso al público o a la prensa.

ARTÍCULO 154. MODALIDADES. Se tramitará en audiencia preliminar:
3. La que ordena la adopción de medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos.”

Comentario:

La publicidad de las actuaciones en el sistema penal oral acusatorio, cobra real aplicación pese a su antigua vigencia, y con ello no se busca mas que garantizar el debido proceso, aunque con ello, como ya se dijo anteriormente, hace que crezca el margen de peligro para las víctimas, situación atribuible no al sistema penal, si no a la idiosincrasia colombiana, pero que pese a ello, no permite su inobservancia en contra de los derechos del imputado.

“ARTÍCULO 155. PUBLICIDAD. Las audiencias preliminares deben realizarse con la presencia del imputado o de su defensor. La asistencia del Ministerio Público no es obligatoria.

Serán de carácter reservado las audiencias de control de legalidad sobre allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas y de cosas. También las relacionadas con autorización judicial previa para la realización de inspección corporal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimientos en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales. Igualmente aquella en la que decreta una medida cautelar.”

Comentario:

Se permite con este artículo excepcionalmente prescindirse de la publicidad de las actuaciones, en virtud a la primacía de un derecho fundamental de la víctima que es su intimidad, cuando ha sido objeto de conductas sexuales, porque de no ser así habría una doble victimización.

“CAPITULO VI. NOTIFICACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS, CITACIONES, Y COMUNICACIONES ENTRE LOS INTERVINIENTES EN EL PROCESO PENAL.

ARTÍCULO 173. CONTENIDO. La citación debe indicar la clase de diligencia para la cual se le requiere y si debe asistir acompañado de abogado. De ser factible se determinará la clase de delito, fecha de la comisión, víctima del mismo y número de radicación de la actuación a la cual corresponde.”

COMENTARIO:

Se propende con la aplicabilidad de este artículo, solamente ofrecer claridad a las partes intervinientes de un proceso, sobre el motivo de su requerimiento.

“TITULO I. LA INDAGACION Y LA INVESTIGACION. CAPITULO I.

ORGANOS DE INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN.

ARTÍCULO 205. ACTIVIDAD DE POLICÍA JUDICIAL EN LA INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN.

INCISO SEGUNDO.

Cuando deba practicarse examen médico-legal a la víctima, en lo posible, la acompañará al centro médico respectivo. Si se trata de un cadáver, este será trasladado a la respectiva dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, a un centro médico oficial para que se realice la necropsia médico-legal.”

ARTÍCULO 206. ENTREVISTA. Cuando la policía judicial, en desarrollo de su actividad, considere fundadamente que una persona fue víctima o testigo presencial de un delito o que tiene alguna información útil para la indagación o investigación que adelanta, realizará entrevista con ella y, si fuere del caso, le dará la protección necesaria.”

Comentario:

Se pretende a través de estos preceptos normativos que la víctima tenga un acompañamiento desde que acude ante la autoridad, situación que nunca ha operado y que por las características sui generis de nuestros órganos de policía judicial, nunca podrán asumir, aunado a esto, la falta de recursos logísticos para lograr la tarea impuesta es un reto difícil de superar.

En la peor masacre de la historia, Bojayá Chocó, 01 de Mayo de 2002, Lascario Miller, de 43 años, inspector de policía de Bojayá, fue y llamó al comandante guerrillero y le leyó una exigencia que todo el pueblo aprobó: “Después del repudiable hecho en el que inmisericordemente, fueron masacrados 117 hermanos, les exigimos que se vayan al menos para terminar de darles cristiana sepultura”. El jefe insurgente le contestó que lamentaba el error y le explicó : “

Esto es la guerra, así de dura es la guerra”. Entonces le dijo a la gente que podían ir a enterrar sus muertos.⁶⁷

Otro ejemplo patético se puede observar constantemente en los diferentes municipios del País, en donde las máximas autoridades se ven expuestas a constantes peligros.

En una publicación del periódico el tiempo se lee : 'Medidas insuficientes. Gilberto Toro, director ejecutivo de la Federación Colombiana de Municipios, destaca las mejoras en la seguridad para los alcaldes: "En el primer semestre no fue asesinado ni un solo alcalde en ejercicio. No tuvimos tomas de

⁶⁷ NEIRA, Armando. Agonía sin fin. En: Revista Semana, Edición N° 1.045, Mayo 13-20 de 2002, P.32.

municipios, prácticamente todos los alcaldes trabajan en sus jurisdicciones, hay presencia de la Fuerza Pública en todos los municipios y eso devolvió la confianza". Pero, al mismo tiempo señala que la muerte de 10 ex alcaldes este año y el secuestro de los mandatarios de Toribío (Cauca) y Ricaurte (Nariño) volvió a ponerlos en alerta. Ninguno de los dos estaba en el programa de protección y el de Toribío,

Arquímedes Vitonás, anunció que no solicitará medidas especiales de seguridad del Estado, para no poner en riesgo a la población y que se siente más seguro con la vigilancia de la guardia indígena. Jorge Aperador, ex alcalde de Arauquita, sí quería protección estatal, pues cuando era alcalde fue víctima de un atentado, pero tras un año de pedirla sin éxito, salió del país hace dos semanas. "Mandó varias cartas para que le dieran escoltas. La Policía y el DAS en Arauca le respondieron que no tenían personal", contó uno de sus familiares."⁶⁸

Más de treinta académicos, juristas, artistas y personalidades de Europa, América Latina y Estados Unidos, entre quienes se encuentran el Premio Nóbel de la Paz, Adolfo Pérez Esquivel, varios obispos, teólogos, sacerdotes y escritores, la mayoría de ellos, españoles, son entre otros los personajes internacionales que también han responsabilizado al presidente de Colombia Álvaro Uribe por la mala Política de protección y seguridad para los colombianos.

Por ello mediante una carta abierta responsabilizan al presidente Uribe Vélez de lo que está ocurriendo y pueda pasar de ahora en adelante ante las amenazas de muerte recibidas por defensores de derechos humanos, que han sido directa y personalmente señalados por Uribe Vélez, quien a juicio de los firmantes, está consolidando la impunidad de crímenes como los recientemente ocurridos en la región de Urabá, donde fueron masacrados niños, mujeres y líderes campesinos en estado de indefensión, ante lo cual Uribe no ha pedido perdón por estos hechos y sus graves acusaciones.

Esta carta constituye una constancia moral y jurídica, en momentos en que el presidente del Gobierno español, José Luis Rodríguez Zapatero, ha expresado en Bogotá, una vez más. un absoluto e íntegro respaldo a Uribe Vélez y su "política de seguridad".

Aparte de firmas individuales, la carta abierta comienza desde hoy a ser firmada por organizaciones de todo el mundo solidarias con las comunidades y personas defensoras de los derechos humanos amenazadas de muerte y exterminio.

El siguiente es el texto de la carta:

"1 de abril de 2005

⁶⁸ MELÉNDEZ, Jorge y RAMÍREZ yaned. A pesar de las bondades del Programa de Protección del Gobierno, no todos se sienten seguros, Periódico El Tiempo, Sección JUSTICIA, Octubre 11 de 2004. En: w.w.w. EL TIEMPO.com

Señor

- Álvaro Uribe Vélez
- Presidente de Colombia
- Palacio de Nariño, Bogotá

Señor Presidente Uribe:

Quienes firmamos esta carta abierta somos académicos, investigadores, juristas o interlocutores en foros de reflexión y acción sobre la realidad del mundo. Hasta nosotros y los espacios de nuestro trabajo, desde hace años han llegado las voces de incontables e inolvidables víctimas de la violencia social y política que vive Colombia. Les hemos escuchado y sabemos de su sufrimiento. A muchas les hemos acompañado, y de la mano del testimonio que han dado y de las objetivas circunstancias de injusticia que comprobamos, hemos profundizado nuestro conocimiento acerca de las causas y las consecuencias de una de las confrontaciones más desgarradoras en el planeta. El pasado 21 de febrero se consumó una matanza espantosa, en San José de Apartadó, Urabá, contra campesinos, niños y mujeres en estado de indefensión. Estas personas humildes fueron asesinadas con la mayor sevicia. Sus cuerpos estaban descuartizados. Es uno de esos crímenes de lesa humanidad imborrables, de los cientos que militares y paramilitares han cometido impunemente durante muchos años. Allí fue asesinado Luis Eduardo Guerra, cofundador de una Comunidad de Paz que conocemos. Así también el sábado 5 de marzo fue desaparecida, torturada y asesinada Irma Areiza, de la Comunidad de Dabeiba. De igual forma, el 29 de enero fue asesinado el líder Pedro Murillo, de la Comunidad de Jiguamiandó. Las tres personas además de ser promotoras de resistencias civiles en estas meritorias comunidades, eran testigos directos de crímenes de la estrategia paramilitar en la misma región. Al tiempo, personas como Javier Giraldo, sacerdote jesuita a quien conocemos hace décadas, otros miembros de la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz y más defensores de estas comunidades, a quienes tratamos por su trabajo a favor de los derechos humanos, han sido amenazados o acusados por organismos estatales represivos, de ser apoyos o miembros de la insurgencia. Su Gobierno, en lugar de pedir perdón públicamente y rectificar, ha amenazado de manera reiterada y ordenado acabar con estas comunidades, al anunciar que las tropas que han sido sistemáticamente agresoras y homicidas, van a ocupar militarmente las tierras de estas poblaciones, no sólo destruyendo su principio rector de neutralidad y distinción en el conflicto, sino asegurando el despojo de estos territorios y títulos colectivos, que ya vienen siendo usurpados violentamente por salvajes proyectos económicos. Ya tenemos claro, señor presidente Uribe, con todos los elementos de juicio, previos a la masacre y posteriores a ella, que está en marcha la decisión de aniquilar esta valiosa y digna experiencia de construcción social de valores de humanidad, que su Gobierno no está dispuesto a compartir, como usted lo ha expresado claramente en sus discursos de ataque a la comunidad, uno de ellos el 27 de mayo de 2004, y hace unos días, el domingo 20 de marzo de 2005, en un Consejo de Seguridad, en la misma zona donde fue cometida tan execrable masacre. En esta última oportunidad, usted ha apuntado que "líderes, patrocinadores y defensores" de las comunidades sirven a la subversión o al terrorismo. Mientras, convergen aterradoras amenazas, en Cacarica y

Jiguamiandó en esta última semana, como el pasado martes 29 de marzo en Bogotá, con anuncios anónimos de asesinato de los integrantes de Justicia y Paz.

La tragedia colombiana nos conmueve e interpela éticamente. El silencio y la omisión nos parecen terriblemente cómplices. No compartimos el objetivo de tergiversar la realidad, como se pretende al punto de mantener la absurda tesis de negar la existencia del conflicto, pisoteando la memoria de las víctimas y atacando a quienes buscan sembrar esperanza en medio de una guerra cruenta. Este mecanismo y otros de falseamiento, operan en favor de la impunidad que su Gobierno está consolidando. Deseamos ver a Colombia en paz y justicia. Que no haya ni un muerto ni un desaparecido más. Que ninguna persona sea detenida o amenazada por su lucha por la verdad, la justicia y la reparación dignas.

Hacemos responsable directamente al Gobierno que usted preside, señor Uribe Vélez, si esto continúa pasando, o algo más grave sucediera, en las personas de Javier Giraldo, los miembros de la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz u otro defensor de derechos humanos o integrante de las comunidades de paz y resistencia que ellos y otras organizaciones acompañan, como la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, la Comunidad de Vida y Trabajo La Balsita de Dabeiba, las zonas humanitarias de las Comunidades de Autodeterminación, Vida y Dignidad del Cacarica, del Jiguamiandó, y de Familias de Curvaradó.

Suficiente evidencia existe a nuestros ojos que ellos y ellas están en peligro por la eficacia moral de su ejemplo. Hacemos este llamado respetuoso, compartido por cientos de personas en todo el mundo, para que recapacite y tal estrategia se detenga.

Atentamente,

-François Houtart, sacerdote, sociólogo, profesor emérito de la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica;

-Juan José Tamayo, teólogo, escritor, académico, España;

-Adolfo Pérez Esquivel, Premio Nobel de la Paz, Argentina;

-Pierre Galand, senador de Bélgica;

-Franz Hinkelammert, escritor, economista, profesor, Alemania;

-Pedro Casaldáliga, obispo de São Felix de Araguaia, Mato Grosso, Brasil;

-Boaventura de Sousa Santos, sociólogo, profesor de la Universidad de Coimbra, Portugal;

-Thomas Gumbleton, obispo auxiliar, Arquidiócesis de Detroit, Estados Unidos;

-Aviva Chomsky, académica, historiadora, Salem State College, Estados Unidos;

-Octavo Día por la Justicia, Chicago, Estados Unidos;

-Justicia y Paz - Hermanas Franciscanas de Lourdes, Minnessota, Estados Unidos;

-Joaquín Herrera Flores, jurista, escritor, académico, España;

-Leonardo Boff, teólogo, filósofo, Brasil;

-Uxue Barkos Berruezo, diputada por Navarra al Congreso de los Diputados, España;

-Carlos Taibo Arias, académico, escritor, España;

-José Luis Galán, jurista, acusación en juicios de Madrid, por crímenes contra la humanidad, España;

- Enrique Santiago Romero, acusación en juicios de Madrid, por crímenes contra la humanidad, vicepresidente Federación de Asociaciones de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, secretario general de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, España;
- Virginia Díaz, jurista, acusación en juicios de Madrid, por crímenes contra la humanidad, España;
- Manuel Ollé Sesé, jurista, profesor universitario de derecho penal, acusación en juicios de Madrid, por crímenes contra la humanidad, presidente Asociación Pro Derechos Humanos, España;
- Carlos Slepoy Prada, jurista, acusación en juicios de Madrid, por crímenes contra la humanidad, Argentina - España;
- Luis Cobiella, escritor, primer diputado del Común, Premio de Bellas Artes e Interpretación, Canarias, España;
- Pierluigi Di Piazza, Sacerdote, escritor, director del Centro Ernesto Balducci, Udine, Italia;
- Francisco Javier Vitoria, sacerdote, doctor en teología, profesor Universidad de Deusto, País Vasco, España;
- Luis Capilla, sacerdote, investigador social, escritor, España;
- Tarsicio Lozano Huertas, superior de la Comunidad de Jesuitas de Cadalso, Madrid, España;
- José María Díez Alegría, teólogo, escritor y profesor emérito, España;
- Javier Ruiz de Arana, S.J., presidente del Comité de Solidaridad Monseñor Oscar Romero, Madrid, España;
- José Luis Gómez Morales, capellán de prisiones y párroco, España;
- Isaura Navarro Casillas, diputada al Congreso, secretaria cuarta del Congreso de los Diputados, España;
- Agustín Drake Drake, Vicepresidente del Comité de Solidaridad Monseñor Oscar Romero, Madrid, España;
- José Ángel Cuerda, jurista, ex alcalde de Vitoria, País Vasco, España;
- Javier Ortigosa, profesor universitario, Presidente de la Asociación de Psicoterapeutas "Laureano Cuesta", director del Instituto de Interacción y Dinámica Personal, España;
- José Antonio García Monge, profesor universitario, escritor, España;
- Ramón Fernández Durán, escritor, investigador sobre economía mundial, España;
- Samuel Ruiz, obispo emérito de San Cristóbal, Chiapas, México;
- Juan Genovés, artista, pintor, escultor, España”⁶⁹

Tampoco sobra recordar la pena impuesta al Estado colombiano por su desidia en garantizar la protección de las víctimas: “En una decisión unánime, la corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) declaró que el Estado colombiano violó los derechos a la vida, la libertad y la integridad personal de 19 comerciantes desaparecidos y asesinados por un grupo paramilitar el 06 de octubre de 1987. Así mismo manifestó que el Estado vulneró los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de las víctimas y de sus

⁶⁹ Pérez Esquivel, Adolfo. Carta Abierta a Uribe Velez. En www.viaalterna.com.co. Abril 13 de 2005.

familiares y declaró la responsabilidad estatal en relación con el derecho de integridad personal de estos últimos.....Lit D. A su vez la CIDH estableció que las autoridades competentes no realizaron actos de búsqueda ni de identificación de los restos mortales de las víctimas y que los familiares de éstas no accedieron a ningún tipo de protección ni a una justicia pronta y eficaz....Lit. J. La corte supervisará el cumplimiento de la sentencia y dará por concluido el caso, cuando el Estado le haya dado cabal aplicación a lo resuelto. En el plazo de un año, contado a partir de la notificación de la providencia, el Estado deberá rendir un informe al a corte sobre las medidas tomadas”.⁷⁰

Son evidentes los signos de crisis del sistema de protección colombiano. Una visión primaria señala una disfunción sistemática , pues se encuentran los componentes dispersos y faltos de compromisos. Estos tres componentes (La Policía Judicial con el fiscal investigador; la oficina de protección y los jueces), se encuentran totalmente descoordinados y solo existe la obligada y desgastada posición de la oficina de protección, que además hace agua frente a múltiples problemas internos, tales como el económico, logístico y operacional. Con la entrada en vigor del nuevo sistema penal acusatorio con tendencia oral, se hace necesaria la reforma al sistema de protección a víctimas y testigos, lo cual constituye un reto sin precedentes, pues, al entrar en funcionamiento, se presume que el sistema opera debidamente.⁷¹

Por esto, el Estado ha tratado de minimizar las falencias con la implementación de la de la justicia comunitaria, la cual reviste las siguientes características:

3. “Es una justicia que se edifica sobre la mutua satisfacción de los intereses involucrados. Por eso su principal guía de acción es la conciliación.
4. Los operadores de la justicia comunitaria deben preferir a las formas de un procedimiento preestablecido, la búsqueda de caminos adecuados en la efectiva solución de las controversias. Por lo anterior, las partes deben obrar directamente sin mecanismos de representación.
5. El fundamento de las decisiones en los diferentes modelos de justicia comunitaria, debe encontrarse en la realidad, esto es, en el conocimiento de las partes y su contexto social y económico.
6. El objetivo final que se persigue con la justicia comunitaria es la recomposición de las condiciones de vida en comunidad. No se trata de restablecer sólo las condiciones de trato y convivencia de las partes directamente involucradas en el conflicto que se somete a su consideración.
7. La coercibilidad de las decisiones adoptadas en el contexto de la justicia comunitaria no sólo depende de la posibilidad de hacer efectivas sus decisiones conforme a la ley positiva, sino también, y en especial, en la solidez de las relaciones comunitarias”.⁷²

“CAPITULO III. ACTUACIONES QUE REQUIEREN AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA PARA SU REALIZACIÓN.

⁷⁰ La Redacción. Sancionado Estado colombiano, Periódico ámbito jurídico, N° 158, Sección A, INTERNACIONAL, Agosto 02 de 2004, Pág.11 A

⁷¹ ORTÍZ, Edgar. La protección de testigos en el sistema acusatorio, Periódico ámbito jurídico, N° 152, Sección B, ANÁLISIS, Mayo 10 de 2004, Pág. 7B

⁷² CÁRDENAS, Pablo. Jueces de Paz, Bogotá, Editorial Legis S.A., 2002. pág. 78

ARTÍCULO 250. PROCEDIMIENTO EN CASO DE LESIONADOS O DE VÍCTIMAS DE AGRESIONES SEXUALES. Cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas, tales como extracciones de sangre, toma de muestras de fluidos corporales, semen u otros análogos, y no hubiera peligro de menoscabo para su salud, la policía judicial requerirá el auxilio del perito forense a fin de realizar el reconocimiento o examen respectivos.

En todo caso, deberá obtenerse el consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal cuando fuere menor o incapaz y si estos no lo prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección.

El reconocimiento o examen se realizará en un lugar adecuado, preferiblemente en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, en un establecimiento de salud.

Comentario:

Es tan importante el rol que la víctima debe jugar dentro del injusto penal, que recientemente la Corte Constitucional se pronunció respecto a este tema, en la Sentencia T-453, de Mayo 2/05, M.P. Manuel José Cepeda, en donde indica que se debe respetar la intimidad de la víctimas en la práctica de pruebas y la necesidad de su manifestación voluntaria para que opere la facultad de tomarlas de su cuerpo, todo en aras de evitar una doble pena para las víctimas de estas agresiones.⁷³

De igual forma se fijaron los parámetros para decretar cualquier prueba que involucre a este tipo de víctimas, teniendo siempre en cuenta que se garantice:

3. El acceso a un recurso legal, que garantice sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.
4. La expresión de sus opiniones.
5. Un tratamiento con respeto y consideración durante todo el proceso judicial y que se adopten medidas para evitar que el proceso penal conduzca a una segunda victimización.
6. La protección contra toda forma de coerción, violencia o intimidación.
7. La valoración del contexto en que ocurrieron los hechos objeto de la investigación.
8. La adopción de medidas para evitar injerencias innecesarias en su vida íntima.

⁷³LA REDACCIÓN, Práctica de pruebas debe respetar intimidad de las víctimas de delitos sexuales, Periódico Ambito jurídico No 179, Sección A, Actualidad, Bogotá junio 20 de 2005, Pág. 7A

9. Que las autoridades judiciales se abstengan de ordenar la práctica de pruebas y que excluyan las ya practicadas que lleven una intromisión innecesaria o desproporcionada de su derecho a la intimidad.
10. Que la simple ausencia de rechazo físico o de expresiones que lo exterioricen no sea entendida como consentimiento real y libre de presiones.
11. Que la investigación penal se adelante con seriedad y objetividad y esté orientada al esclarecimiento de la verdad y al logro de la justicia.⁷⁴

Pese a lo anterior muchos consideran que queda un sabor amargo cuando se verifica lo atinente a las penas consagradas en el código penal colombiano, porque también hay que aplicar con mayor rigor el castigo a los abusadores sexuales.

La ley 599 del 2000⁷⁵, incrementó la pena para acceso carnal violento, que ahora va de 8 a 15 años, aumentado en una tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo por la ley 890 de 2004⁷⁶, pero con trabajo y estudio en la cárcel, un violador de niños si es condenado, pagaría muy poco. Todavía inferior es la pena prevista para los tratantes de menores y para pornografía infantil. ¿Están estas condenas acorde con el rechazo de la sociedad a estos atroces delitos? Por ello ¿puede pensarse que no resulta un exabrupto que una concejal de Bogotá Gilma Suárez, pida cadena perpetua, que es el castigo que les imponen a los violadores de menores en Estados Unidos, en estados como la Florida?⁷⁷

“CAPITULO III. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO.

ARTÍCULO 308. REQUISITOS.

2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.”

“ARTÍCULO 311. PELIGRO PARA LA VÍCTIMA. Se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella, su familia o sus bienes.”

Comentario:

Nada nuevo ni diferente ofrece la ley 906 en comparación con la ley 600⁷⁸, en cuanto a los requisitos para la solicitud de la medida de aseguramiento, pero sí se nota en las audiencias previstas para este efecto, -en el eje cafetero- que ahora se está aplicando la rigurosidad que se requiere para su imposición.

La medida de aseguramiento opera después de la formulación de la imputación y para ello es importante tener en cuenta como opera ésta en el ámbito de responsabilidad de la víctima:

⁷⁴ Ibid., Pág. 7A

⁷⁵ Ley 599 de 2000, art. 205. Ediciones Legis, Bogotá 2003.

⁷⁶ DIARIO OFICIAL, Nro 45.602, Art. 14. Julio 07 de 2004,

⁷⁷ LA REDACCIÓN. El abuso de los inocentes, Periódico El Tiempo, Sección OPINIÓN, Editorial, Septiembre 12 de 2004, P.1-24.

⁷⁸ Ley 600 de 2000 art. 355 y s.s. Ediciones Legis, Bogotá 2003.

“Definición: Esta institución opera en los supuestos en los que el titular de un bien jurídico (“víctima”) emprende conjuntamente con otro (“autor”) una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico. La actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que -en primer lugar- la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima – en segundo lugar-, la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer ésta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesaria para poder ser considerada auto responsable, y –finalmente, en tercer lugar- el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima.”⁷⁹

La introducción de la reparación en el sistema penal constituye una cuestión controvertida, y en todo caso parecería, desde la perspectiva de quienes, como Roxin, tienden a promoverla, que su procedencia siempre debería subordinarse a consideraciones preventivo-generales. Y a partir de ello es que debe determinarse cuáles son las prestaciones idóneas para que la reparación sea funcional a la orientación a la víctima potencial que ha de caracterizar al Derecho Penal.

Huber postula en tal sentido que “Reparación supone compensación de las consecuencias del hecho con el fin de restituir la paz jurídica. Para ello son tan apropiadas las prestaciones monetarias como los regalos, las disculpas, los encuentros de reconciliación o la prestación de servicios. También las cargas simbólicas, que pueden alcanzar a instituciones de interés general, valen como reparación”.⁸⁰

4.16. “TITULO IV. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

ARTÍCULO 324. CAUSALES. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

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

15. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.

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

El plan podrá consistir en la mediación con las víctimas, en los casos en que

⁷⁹ MELIÁ, Manuel. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. En: Cuadernos de conferencias y artículos N° 19, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Agosto 1998, Pág. 52, 53.

⁸⁰ Citado en Silva Sánchez, Jesús-María. Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación, en Estudios de Derecho Penal. Págs. 225 y 226.

esta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en la forma inmediata o a plazos, en el marco de la justicia restaurativa.

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

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

PARÁGRAFO. El fiscal podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia al ejercicio de la acción penal.

ARTÍCULO 328. LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS. En la aplicación del principio de oportunidad el fiscal deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos deberá oír a las que se hayan hecho presentes en la actuación.

ARTÍCULO 329. EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. La decisión que prescinda de la persecución extinguirá la acción penal respecto del autor o partícipe en cuyo favor se decide, salvo que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias de la aplicación del principio se extenderán a los demás autores o partícipes en la conducta punible, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas.”

Comentario:

Mas adelante nos referiremos a este tema al analizar la efectividad de los mecanismos de reparación y la justicia restaurativa.

“TITULO V. DE LA PRECLUSIÓN.

ARTÍCULO 333. TRÁMITE.

INCISO TERCERO

Acto seguido se conferirá el uso de la palabra a la víctima, al agente del Ministerio Público y al defensor del imputado, en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal.

En ningún caso habrá lugar a solicitud ni práctica de pruebas.

Agotado el debate el juez podrá decretar un receso hasta por una (1) hora para preparar la decisión que motivará oralmente.

Comentario:

No se extrae ninguna característica importante que puede definirse como beneficio para la víctima, solamente que ahora la decisión de la preclusión está en manos de un tercero imparcial, un Juez y no en el Fiscal como opera en la ley 600⁸¹, no obstante ser sujeto procesal.⁸²

“LIBRO III. EL JUICIO. TITULO I. DE LA ACUSACION. CAPITULO I. REQUISITOS FORMALES.

ARTÍCULO 337. CONTENIDO DE LA ACUSACIÓN Y DOCUMENTOS ANEXOS. El escrito de acusación deberá contener:

4. La relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso.

INCISO FINAL.

La fiscalía solamente entregará copia del escrito de acusación con destino al acusado, al Ministerio Público y a las víctimas, con fines únicos de información.

Comentario:

En esta etapa procesal la ley 906, lo que hace es desarrollar los derechos de las víctimas de acceder a la información procesal, pero realmente no contempla algo útil o importante.

“CAPITULO II. AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN.

ARTÍCULO 340. 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.”

Comentario:

Pareciera que el artículo en vez de concordar, iniciara contradiciendo lo preceptuado en el artículo 132 de la misma ley, en donde indica que la condición –no calidad- de víctima se tiene con independencia de se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este; lo que nos llevar a preguntarnos ¿si no hay lugar a acusación no se puede reconocer la calidad de víctima? situación que la nueva ley de justicia y paz si prevé, y si le concede su calidad, aunque no haya lugar a formulación de acusación.

⁸¹ Ley 600 de 2000 art. 39. Ediciones Legis. Bogotá 2003.

⁸² Ibid., art. 112.

Pero en realidad con la redacción del artículo 340 se pretende es fijar el momento procesal en que a la víctima se le reconoce su calidad y no su condición –que adquiere con la comisión del delito que le causó perjuicios-y con ello corta de raíz, la posibilidad de acceder a los beneficios que si contempla la ley de justicia y paz –al menos teóricamente- aunque no hay que olvidar que la ley 906 menciona la posibilidad de ser indemnizado con cargo al fondo de compensación para las víctimas, ¿letra muerta? Para ello habrá que esperar su aplicabilidad en el futuro.

Por último es bueno recordar que el reconocimiento de esta calidad de víctima en ocasiones puede ser difícil determinar : “Así considerado el bien jurídico, el sujeto pasivo tendrá forzosamente que ser el nasciturus, lo que otorga al aborto unas características ciertamente especiales, derivadas de la imposibilidad del titular del bien jurídico protegido, de ejercer por sí mismo su autoprotección. No consideramos suficientemente convincentes los argumentos empleados para negar la categoría del sujeto pasivo al producto de la concepción: tal categoría no se reduce al determinar a quiénes esté reservada la acción penal en los delitos perseguibles a instancia de parte, ni a quiénes esté reservada la concesión del perdón ni a quién corresponda la indemnización por los perjuicios que se le causen: el sujeto pasivo es una categoría básicamente dogmática que delimita el titular del bien jurídico lesionado por la conducta típica, fundamentado con su existencia las razones que justifican la punición. Tampoco el muerto en un homicidio puede perseguir a instancia de parte el delito, otorgar el perdón ni exigir indemnización alguna.

Que el feto no sea persona física en nada empece para que pueda ser considerado sujeto pasivo, en la misma medida en que lo es, por ejemplo, una herencia yacente en los delitos contra la propiedad”.⁸³

“ARTÍCULO 342. MEDIDAS DE PROTECCIÓN. Una vez formulada la acusación el juez podrá, a solicitud de la Fiscalía, cuando se considere necesario para la protección integral de las víctimas o testigos, ordenar:

1. Que se fije como domicilio para los efectos de las citaciones y notificaciones, la sede de la fiscalía, quien las hará llegar reservadamente al destinatario.
2. Que se adopten las medidas necesarias tendientes a ofrecer eficaz protección a víctimas y testigos para conjurar posibles reacciones contra ellos o su familia, originadas en el cumplimiento de su deber testifical.”

Comentario:

Se puede atribuir como positivo el contenido del primer numeral, pero de nada vale su aplicabilidad, si el segundo punto no tiene una funcionalidad efectiva, atribuible a los factores que ya antes tuvimos la oportunidad de esbozar.

“TITULO II. PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALIA Y EL IMPUTADO O ACUSADO. CAPITULO UNICO.

⁸³ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco y otros. El delito Sexual, El Aborto, Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana, 1999. Pag. 400.

ARTÍCULO 351. MODALIDADES.

INCISO FINAL.

Las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, esta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes.”

Comentario:

Al analizar el papel de la víctima en los casos de los preacuerdos entre la fiscalía y el imputado, se puede observar que en realidad no se propende por su reparación efectiva, sino que se busca con la aplicación de esta norma -desfiguración de la sentencia anticipada- la agilidad en el proceso penal.

Aunque refiere que las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos pueden aceptarse por ésta, -dejando entrever que la víctima tiene derecho a ser indemnizada- la obliga a acudir a la jurisdicción civil para hacer efectivas sus pretensiones económicas, cuando no está de acuerdo con la indemnización resultante -por añadidura-, lo cual indiscutiblemente le va a resultar más dispendioso y costoso, todo en miras de obtener una indemnización justa.

Así puede fácilmente concluirse que en esta figura el beneficiado es el sistema y no la víctima, que se propende por una economía procesal y que lo importante es la aceptación de los cargos por el imputado para la rápida imposición de una pena y la liberación de un proceso más para el órgano investigador.

“TITULO III. AUDIENCIA PREPARATORIA. CAPITULO I. TRÁMITE.

ARTÍCULO 355. INSTALACIÓN DE LA AUDIENCIA PREPARATORIA. El juez declarará abierta la audiencia con la presencia del fiscal, el defensor, el acusado, el Ministerio Público y la representación de las víctimas, si la hubiere. Para la validez de esta audiencia será indispensable la presencia del juez, fiscal y defensor.”

Comentario:

Simplemente se busca garantizar la presencia de la víctima en todas las audiencias y el derecho a ser informado de la evolución procesal.

“CAPITULO III. PRÁCTICA DE LA PRUEBA. PARTE II. REGLAS GENERALES PARA LA PRUEBA TESTIMONIAL

ARTÍCULO 396. EXAMEN SEPARADO DE TESTIGOS. Los testigos serán interrogados separadamente, de tal manera que no puedan escuchar las declaraciones de quienes les preceden.

Se exceptúa de lo anterior, además de la víctima y el acusado cuando decide declarar, aquellos testigos o peritos que debido al rol desempeñado en la preparación de la investigación se requiera de su presencia ininterrumpida en la sala de audiencias, bien sea apoyando a la fiscalía o a la defensa.

CAPITULO IV. ALEGATOS DE LAS PARTES E INTERVINIENTES.

ARTÍCULO 443. TURNOS PARA ALEGAR.

INCISO SEGUNDO:

A continuación se dará el uso de la palabra al representante legal de las víctimas, si lo hubiere, y al Ministerio Público, en este orden, quienes podrán presentar sus alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado.”

Comentario:

Cuando la víctima dentro del juicio oral rinde su testimonio, su tratamiento pasa a ser el de un testigo más, mientras dure su participación como tal, esto es, hasta que ha declarado, ha sido interrogado y contra interrogado y ya no es necesaria su presencia para un nuevo interrogatorio; su testimonio será valorado de conformidad con las reglas previstas en la ley 906 –apreciación del testimonio-⁸⁴ y solo a partir de ese momento vuelve a tomar nuevamente la calidad de víctima.

Esta situación revive lo que en otrora mortificaba a las personas que tenían la intención de formular una querrela o denuncia penal, para decidir si incoaban la acción o se abstendían de hacerlo, cual era la inquietud de saber “si tenía que ir a careo con el agresor”, figura que hasta hace poco había entrado en desuso y que ahora pareciera hacer de nuevo su aparición aunque no con el mismo nombre, procedimiento y connotaciones, pero que en forma latente trae su sello personal.

Pero la omisión de estas acciones que antes se consideraban de protección para la víctima, indudablemente se enfrentan con los derechos del imputado, pues se le negaría la posibilidad de examinar a los testigos, que es una de aquellas garantías judiciales mínimas, que ni aun frente a hipótesis delictivas consideradas excepcionales en un momento histórico determinado, pueden ser vulneradas.

Por ello el sistema penal no admite que una protección consista en la no asistencia de la víctima a la audiencia de juicio, ó en que se utilicen modernos procedimientos destinados a ocultar la identidad real del ofendido durante esa fase.

En el momento en que el órgano de persecución penal decide llevar adelante la acusación contra el imputado, debe mostrarle a la defensa cuáles son los elementos de prueba con los que cuenta y, tratándose de víctimas testigos, la

⁸⁴ Ley 906 de 2004. art. 404. Ediciones Legis. Bogotá 2005.

individualización de cada uno de ellos; porque la revelación de la identidad real es el único mecanismo que la defensa tiene para poder actuar, para hacer efectivo en ese caso concreto, los contra interrogatorios de esos testigos.

Precisamente uno de los aspectos más esenciales del contra interrogatorio es trabajar sobre la credibilidad del testigo y establecer por qué éste viene a endilgarle al acusado un hecho penalmente reprochable, qué intereses puede tener en este caso y en cuántas ocasiones ha declarado con anterioridad.

Para medir la credibilidad de esa víctima testigo, se requiere saber quién es, y para la defensa, actuar sin saber quién es el testigo, significaría continuar relegando a la defensa a las zonas oscuras de nuestra institucionalidad, aquellas en donde las respuestas no son fáciles o requieren demasiadas explicaciones.

Pero estimamos finalmente que cuando se somete a la víctima a este riguroso procedimiento se empiezan a invadir esferas las cuales tienen que ser vulneradas por el sólo hecho de tener que sustentar su credibilidad; sumando así a su calidad de víctima otro ingrediente negativo que tiene un toque de violación de intimidad.

“LIBRO VI. JUSTICIA RESTAURATIVA. CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES.

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

Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.

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

1. Consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.
2. Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito.
3. La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.
4. El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.

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

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

ARTÍCULO 520. CONDICIONES PARA LA REMISIÓN A LOS PROGRAMAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA. El fiscal o el juez, para remitir un caso a los programas de justicia restaurativa, deberá:

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

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

CAPITULO II. CONCILIACIÓN PREPROCESAL.

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.

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.

CAPITULO III. MEDIACIÓN.

ARTÍCULO 523. CONCEPTO. Mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la

materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta.

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

ARTÍCULO 524. 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.

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

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

ARTÍCULO 526. EFECTOS DE LA MEDIACIÓN. La decisión de víctima y victimario de acudir a la mediación tiene efectos vinculantes, en consecuencia, excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral.

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

Comentario:

Partiendo del precepto que los mecanismos tendientes a la búsqueda de resultados restaurativos están configurados sobre la base del acuerdo alcanzado por las partes, se supone una negociación entre víctima e imputado dentro del proceso penal, lo cual no garantiza siquiera mínimamente la

equivalencia de fuerzas que cualquier negociación requiere para gozar de relativa legitimidad.

Puesto que, en definitiva, la víctima dispone de un instrumento incomparablemente poderoso en tal contexto de negociación con el imputado: el elemento agravante del proceso penal.⁸⁵

La igualdad entre las partes resulta vulnerada fundamentalmente en razón de que “en tanto una -la víctima- se mueve libremente en los márgenes del arbitrio legal y con la capacidad para generar asentimiento que deriva de su status; por su parte para el imputado el objeto de la negociación es su propia libertad, lo que convierte el pretendido consenso en un compromiso al que la parte más débil deberá adherirse, a la vez que pone seriamente en entredicho la libre voluntad de aquél que acepta y del procedimiento a través del cual se llega al acuerdo, generalmente carente de regulación y garantías suficientes.”⁸⁶

El escepticismo que las consideraciones precedentes sean capaces de generar respecto del fenómeno de la reparación, debe ser multiplicado en sus efectos por un factor adicional particularmente significativo, cual es el de las diferencias económicas existentes al interior de todas las sociedades y la selectividad con que consecuentemente opera el Sistema Penal.

La introducción de la reparación en el sistema penal constituye una cuestión controvertida, y en todo caso parecería, desde la perspectiva de quienes, como Roxin, tienden a promoverla, que su procedencia siempre debería subordinarse a consideraciones preventivo-generales. Y a partir de ello es que debe determinarse cuáles son las prestaciones idóneas para que la reparación sea funcional a la orientación a la víctima potencial que ha de caracterizar al Derecho Penal.

Huber postula en tal sentido que “Reparación supone compensación de las consecuencias del hecho con el fin de restituir la paz jurídica. Para ello son tan apropiadas las prestaciones monetarias como los regalos, las disculpas, los encuentros de reconciliación o la prestación de servicios. También las cargas simbólicas, que pueden alcanzar a instituciones de interés general, valen como reparación”.⁸⁷

Ahora bien, los fundamentos principales que permiten entender la regulación normativa de los mecanismos de justicia restaurativa consagrados en la ley procesal penal vigente -Conciliación preprocesal, reparación integral y mediación- en general deben buscarse por un lado en la tendencia contemporánea de potenciar y promover en el contexto del proceso penal los intereses de la víctima, la cual adquiere con fuerza el carácter de sujeto

⁸⁵ DAMASKA, Mirjan R. Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000. op. cit., pág. 336.

⁸⁶ Armenta Deu, Teresa. Pena y proceso: fines comunes y fines específicos, en Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin. Ed. José María Bosch, Barcelona, 1997. Pág. 228.

⁸⁷ Citado en Silva Sánchez, Jesús-María. Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación, en Estudios de Derecho Penal. Págs. 225 y 226.

procesal titular de derechos que el ordenamiento jurídico penal no puede desatender, y por el otro, la necesidad de contar con mecanismos transparentes y públicos de selección de casos, que a su vez permitan ofrecer respuestas diferenciadas, de alta calidad y anteriores al juicio oral.

El nuevo proceso penal se estructura esencialmente sobre la base de una investigación para continuar con un posterior juicio oral y público. Sin embargo, dicha estructura esencial no lo es del todo eficiente y práctica, en virtud al problema de congestión de los despachos judiciales.

Es aquí y desde una perspectiva principalmente práctica del Estado, donde la justicia restaurativa, constituye un ingrediente necesario para la eficacia del sistema, al permitir proveer soluciones diversas a aquellos asuntos que pretendan o hayan puesto en marcha el proceso penal, buscando evitar finalmente que todos ellos lleguen a juicio oral.

Los mecanismos de justicia restaurativa tienen como fin único, garantizar los intereses concretos de la víctima por sobre los intereses abstractos del Estado. A su vez, con el empleo racional e inteligente de este mecanismo, el sistema de procedimiento penal no es entendido como un sistema destinado a la aplicación de penas, sino como un sistema destinado a la resolución de conflictos, de modo tal, que se vuelve un imperativo que el nuevo sistema procesal penal, permita un conjunto de actividades y habilidades distintas a las tradicionalmente demandadas para la persecución del delito.

Un objetivo secundario pero de gran relevancia, que produce la aplicación pertinente de los mecanismos de justicia restaurativa, es la descarga que provocan en el sistema global, contribuyendo junto a los mecanismos de descongestión y a los de simplificación procesal, al cumplimiento del objetivo de que sólo un reducido número de causas arriben finalmente al juicio oral. Véase, por ejemplo, la legislación procesal penal de Costa Rica, que contempla como causales de extinción de la acción penal, entre otras a la reparación del daño causado a la víctima y la Conciliación.

Es evidente que la ley 600 de 2000, no presenta alternativas eficaces que beneficien el interés de la víctima, ni siquiera cuando éste es el prioritario y no el muchas veces abstracto interés de la sociedad que debe orientar la respuesta y solución a los conflictos derivados del delito. A su vez pareciera que la ley 906 del 2004, pretende otorgar una mayor gama de posibilidades de solución real a los conflictos, de manera pertinente y coherente, que conduzcan a evitar la restricción de la libertad al máximo y la posibilidad -aunque secundaria- de otorgar una reparación pronta a las víctimas del injusto penal.

Consideramos que en esta instancia también es oportuno analizar la nueva ley de justicia y paz para verificar si hace alusión directa a este tema, no sin antes reflexionar sobre lo siguiente:

Con la expedición de toda ley los críticos, juristas y el ciudadano del común empiezan a ubicar su importancia de acuerdo a su visión comunista,

nacionalista, practica, radical o simplemente pedagógica; imprimiéndole generalmente un sin sabor que termina convirtiendo los presagios en una realidad; lo que finalmente lleva a que el derecho evolucione o por lo menos trascienda, si es que así se puede llamar al hecho de expedir otra nueva ley que derogue una anterior –aspiración final de los detractores de la ley criticada -.

Pero mas allá de cualquier posición lo verdaderamente importante es desentrañar, si con su contenido la ley 975 de 2005, logrará los fines propuestos con la aplicación de su articulado en lo que atañe al derecho de las víctimas, para ello primero se hace necesario conocer el contenido de la normatividad que hace referencia a las víctimas, siguiendo la dinámica desarrollada en la presente monografía, para luego realizar un comentario sobre su posible eficacia en el futuro:

“DIARIO OFICIAL 45.980”⁸⁸

LEY 975 DE 2005

Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.
El Congreso de Colombia

DECRETA:

CAPITULO I

Principios y definiciones

Artículo 1°. Objeto de la presente ley. La presente ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Artículo 3°. Alternatividad. Alternatividad es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización. La concesión del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la presente ley.

Artículo 4°. 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

⁸⁸ Ley 975 de julio 2005. Ediciones Cupido.. Bogotá 2005.

reparación y respetar el derecho al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados.

Artículo 5°. Definición de 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.

También se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida.

La condición de víctima se adquiere con independencia de que se identifique, aprehenda procese o condene al autor de la conducta punible y sin consideración a la relación familiar existente entre el autor y la víctima.

Igualmente se considerarán como víctimas a los miembros de la Fuerza Pública que hayan sufrido lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual o auditiva), o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de las acciones de algún integrante o miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.

Así mismo, se tendrán como víctimas al cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, de los miembros de la fuerza pública que hayan perdido la vida en desarrollo de actos del servicio, en relación con el mismo, o fuera de él, como consecuencia de los actos ejecutados por algún integrante o miembros de los grupos organizados al margen de la ley.

Artículo 6°. Derecho a la justicia. De acuerdo con las disposiciones legales vigentes, el Estado tiene el deber de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley; asegurar a las víctimas de esas conductas el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones.

Las autoridades públicas que intervengan en los procesos que se tramiten con fundamento en la presente ley deberán atender, primordialmente, el deber de que trata este artículo.

Artículo 7°. Derecho a la verdad. La sociedad, y en especial las víctimas, tienen el derecho inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada.

Las investigaciones y procesos judiciales a los que se aplique la presente ley deben promover la investigación de lo sucedido a las víctimas de esas conductas e informar a sus familiares lo pertinente.

Los procesos judiciales que se adelanten a partir de la vigencia de la presente ley no impedirán que en el futuro puedan aplicarse otros mecanismos no judiciales de reconstrucción de la verdad.

Artículo 8°. Derecho a la reparación. El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas. Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito.

La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito.

La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito.

La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido.

Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley.

Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sicosocial de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática.

Las autoridades judiciales competentes fijarán las reparaciones individuales, colectivas o simbólicas que sean del caso, en los términos de esta ley.

CAPITULO II

Aspectos preliminares.

Artículo 10. Requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva.

10.2 Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal.

10.3 Que el grupo ponga a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores de edad reclutados.

10.6 Que se liberen las personas secuestradas, que se hallen en su poder.

Artículo 11. Requisitos de elegibilidad para desmovilización individual. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se hayan desmovilizado individualmente y que contribuyan a la consecución de la paz nacional, podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

11.5 Que entregue los bienes producto de la actividad ilegal, para que se repare a la víctima cuando se disponga de ellos.

Artículo 13. Celeridad.....

En audiencia preliminar se tramitarán los siguientes asuntos:

2. La adopción de medidas para la protección de víctimas y testigos.

4. La solicitud y la decisión de imponer medidas cautelares sobre bienes de procedencia ilícita. Los motivos de estimación o de desestimación de las pretensiones de las partes.

Artículo 15. Esclarecimiento de la verdad. Dentro del procedimiento que establece la presente ley los servidores públicos dispondrán lo necesario para que se asegure el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos objeto de investigación y se garantice la defensa de los procesados.

La Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz creada por esta ley, deberá investigar, por conducto del fiscal delegado para el caso, con el apoyo del grupo especializado de policía judicial, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas punibles; las condiciones de vida, sociales, familiares e individuales del imputado o acusado y su conducta anterior; los antecedentes judiciales y de policía, y los daños que individual o colectivamente haya causado de manera directa a las víctimas, tales como lesiones físicas o psicológicas, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de derechos fundamentales.

Con la colaboración de los desmovilizados, la policía judicial investigará el paradero de personas secuestradas o desaparecidas, e informará oportunamente a los familiares sobre los resultados obtenidos.

La Fiscalía General de la Nación velará por la protección de las víctimas, los testigos y los peritos que pretenda presentar en el juicio.

La protección de los testigos y los peritos que pretenda presentar la defensa estará a cargo de la Defensoría del Pueblo. La protección de los magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial que deban conocer del juzgamiento será responsabilidad del Consejo Superior de la Judicatura.

CAPITULO IV

Investigación y juzgamiento.

Artículo 17. Versión libre y confesión.

En presencia de su defensor, manifestarán las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que hayan participado en los hechos delictivos cometidos con ocasión de su pertenencia a estos grupos, que sean anteriores a su desmovilización y por los cuales se acogen a la presente ley. En la misma diligencia indicarán los bienes que se entregan para la reparación a las víctimas, si los tuvieren, y la fecha de su ingreso al grupo.

Artículo 18. Formulación de imputación.

Igualmente solicitará la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes de procedencia ilícita que hayan sido entregados para efectos de la reparación a las víctimas.

Artículo 19. Aceptación de cargos.

Parágrafo 2°. Cuando exista solicitud de reparación integral, previamente se dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 23 de la presente ley.

Artículo 23. Incidente de reparación integral. En la misma audiencia en la que la Sala del Tribunal Superior de Distrito judicial correspondiente declare la legalidad de la aceptación de cargos, previa, solicitud expresa de la víctima, o del fiscal del caso, o del Ministerio Público a instancia de ella, el magistrado ponente abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y convocará a audiencia pública dentro de los cinco (5) días siguientes.

Dicha audiencia se iniciará con la intervención de la víctima o de su representante legal o abogado de oficio, para que exprese de manera concreta la forma de reparación que pretende, e indique las pruebas que hará valer para fundamentar sus pretensiones.

La Sala examinará la pretensión y la rechazará si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y este fuere la única pretensión formulada, decisión que podrá ser objeto de impugnación en los términos de esta ley.

Admitida la pretensión, la Sala la pondrá en conocimiento del imputado que ha aceptado los cargos y a continuación invitará a los intervinientes a conciliar. Si hubiere acuerdo su contenido lo incorporará a la decisión que falla el incidente; en caso contrario dispondrá la práctica de la prueba ofrecida por las partes, oírá el fundamento de sus respectivas pretensiones y en el mismo acto fallará el incidente. La decisión en uno u otro sentido se incorporará a la sentencia condenatoria.

Parágrafo 1°. Exclusivamente para efectos de la conciliación prevista en este artículo, la víctima, el imputado o su defensor, el fiscal que haya conocido del caso o el ministerio público, podrán solicitar la citación del director de la Red de Solidaridad Social en su condición de ordenador del gasto del Fondo para la Reparación de las Víctimas.

Parágrafo 2°. No podrá negarse la concesión de la pena alternativa en el

evento de que la víctima no ejerza su derecho en el incidente de reparación integral.

Artículo 24. Contenido de la sentencia. De acuerdo con los criterios establecidos en la ley, en la sentencia condenatoria se fijarán la pena principal y las accesorias. Adicionalmente se incluirán la pena alternativa prevista en la presente ley, los compromisos de comportamiento por el término que disponga el Tribunal, las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación.

Artículo 32. Competencias de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en materia de justicia y paz. Además de las competencias establecidas en otras leyes, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial designados por el Consejo Superior de la Judicatura serán competentes para adelantar la etapa de juzgamiento de los procesos de los que trata la presente ley, vigilar el cumplimiento de las penas y las obligaciones impuestas a los condenados.

Corresponde a la Secretaria del respectivo Tribunal organizar, sistematizar y conservar los archivos de los hechos y circunstancias relacionados con las conductas de las personas objeto de cualquiera de las medidas de que trata la presente ley, con el fin de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad y preservar del olvido la memoria colectiva. También deberá garantizar el acceso público a los registros de casos ejecutoriados, y contar con una Oficina de Comunicaciones para divulgar la verdad de lo acontecido.

Derechos de las víctimas frente a la administración de justicia.

Artículo 37. Derechos de las víctimas. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia. En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

38.1 Recibir todo el procedimiento un trato humano digno.

38.2 A la protección de su intimidad y garantía de su seguridad, la de sus familiares y testigos a favor, cuando quiera que resulten amenazadas.

38.3 A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del delito.

38.4 A ser oídas y que se les facilite el aporte de pruebas.

38.5 A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, información pertinente para la protección de sus intereses; y conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del delito del cual han sido víctimas.

38.6 A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal y a interponer los recursos cuando ello hubiere lugar.

38.7 A ser asistidas durante el juicio por un abogado de confianza o por la Procuraduría Judicial de que trata la presente ley.

38.8 A recibir asistencia integral para su recuperación.

38.9 A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete, en el evento de no conocer el idioma, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos.

Artículo 38. Protección a víctimas y testigos. Los funcionarios a los que se refiere esta ley adoptarán las medidas adecuadas y todas las acciones pertinentes para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos, así como, la de las demás partes del proceso. Para ello se tendrán en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género y la salud, así como la índole del delito, en particular cuando este entrañe violencia sexual, irrespeto a la igualdad de género o violencia contra niños y niñas.

Se dará capacitación especial a los funcionarios que trabajan con este tipo de víctimas. Estas medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial, ni serán incompatibles con estos.

Artículo 39. Excepción a la publicidad en el juicio. Como excepción al principio del carácter público de las audiencias de juzgamiento, el Tribunal Superior del Distrito judicial, a fin de proteger a las víctimas, los testigos, o a un acusado, podrá ordenar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada. Podrá ordenar la práctica de testimonio a través del sistema de audio video para permitir su contradicción y confrontación por las partes.

En particular, se aplicarán estas medidas respecto de víctimas de agresión sexual o de niños, niñas y adolescentes que sean víctimas o testigo.

Artículo 40. Otras medidas de protección durante el proceso. Cuando la publicidad de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida entrañe peligro grave para la seguridad de un testigo o de su familia, el Fiscal deberá abstenerse de presentarlos en cualquier diligencia anterior al juicio. En su reemplazo hará un resumen de dichos elementos de conocimiento.

En ningún caso, esas medidas podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial, ni serán incompatibles con estos.

Artículo 41. Atención a necesidades especiales. Tanto los órganos judiciales como las entidades de apoyo técnico y la Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz, tendrán en cuenta las necesidades especiales de las mujeres, de las niñas, niños, personas mayores de edad o con discapacidad que participen en el proceso.

CAPITULO IX

Derecho a la reparación de las víctimas.

Artículo 42. Deber general de reparar. Los miembros de los grupos armados que resulten beneficiados con las disposiciones previstas en esta ley tienen el deber de reparar a las víctimas de aquellas conductas punibles por las que fueren condenados mediante sentencia judicial.

Igualmente, cuando no se haya logrado individualizar al sujeto activo pero se compruebe el daño y el nexo causal con las actividades del grupo armado ilegal beneficiario por las disposiciones de la presente ley, el Tribunal directamente o por remisión de la Unidad de Fiscalía, ordenará la reparación a

cargo del Fondo de Reparación.

Artículo 43. Reparación. El Tribunal Superior de Distrito Judicial al proferir sentencia, ordenará la reparación a las víctimas y fijará las medidas pertinentes.

Artículo 44. Actos de reparación. La reparación de las víctimas de la que trata la presente ley comporta los deberes de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción. Para tener derecho a gozar del beneficio de la libertad a prueba, el condenado deberá proveer al Fondo para la Reparación de las Víctimas los bienes, si los tuviese, destinados para tal fin; realizar satisfactoriamente los actos de reparación que se le hayan impuesto; colaborar con el Comité Nacional de Reparación y Reconciliación o suscribir un acuerdo con el Tribunal Superior de Distrito Judicial que asegure el cumplimiento de sus obligaciones de reparación.

Son actos de reparación integral los siguientes:

45.1 La entrega al Estado de bienes obtenidos ilícitamente para la reparación de las víctimas.

45.2 La declaración pública que restablezca la dignidad de la víctima y de las personas más vinculadas con ella.

45.3 El reconocimiento público de haber causado daños a las víctimas, la declaración pública de arrepentimiento, la solicitud de perdón dirigida a las víctimas y la promesa de no repetir tales conductas punibles.

45.4 La colaboración eficaz para la localización de personas secuestradas o desaparecidas y la localización de los cadáveres de las víctimas.

45.5 La búsqueda de los desaparecidos y de los restos de personas muertas, y la ayuda para identificarlos y volverlos a inhumar según las tradiciones familiares y comunitarias.

Artículo 45. Solicitud de reparación. Las víctimas de los grupos armados al margen de la ley pueden obtener reparación acudiendo al Tribunal Superior de Distrito judicial, en relación con los hechos que sean de su conocimiento.

Nadie podrá recibir dos veces reparación por el mismo concepto.

Artículo 46. Restitución. La restitución implica la realización de los actos que propendan por la devolución a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos. Incluye el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades, de ser posible.

Artículo 47. Rehabilitación. La rehabilitación deberá incluir la atención médica y psicológica para las víctimas o sus parientes en primer grado de consanguinidad de conformidad con el presupuesto del Fondo para la Reparación de las Víctimas.

Los servicios sociales brindados por el gobierno a las víctimas, de conformidad con las normas y leyes vigentes, hacen parte de la reparación y de la rehabilitación.

Artículo 48. Medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición, adoptadas por las distintas autoridades directamente comprometidas en el proceso de reconciliación nacional, deberán incluir:

49.1 La verificación de los hechos y la difusión pública y completa de la verdad judicial, en la medida en que no provoque más daños innecesarios a la víctima, los testigos u otras personas, ni cree un peligro para su seguridad.

49.2 La búsqueda de los desaparecidos o de las personas muertas y la ayuda para identificarlas y volverlas a inhumar según las tradiciones familiares y comunitarias. Esta tarea se encuentra principalmente a cargo de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz.

49.3 La decisión judicial que restablezca la dignidad, reputación y derechos de la víctima y las de sus parientes en primer grado de consanguinidad.

49.4 La disculpa, que incluya el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de responsabilidades.

49.5 La aplicación de sanciones a los responsables de las violaciones, todo lo cual estará a cargo de los órganos judiciales que intervengan en los procesos de que trata la presente ley.

49.6 La sala competente del Tribunal Superior de Distrito judicial podrá ordenar conmemoraciones, homenajes y reconocimiento a las víctimas de los grupos armados al margen de la ley.

Adicionalmente, la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparaciones podrá recomendar a los órganos políticos o de gobierno de los distintos niveles, la adopción de este tipo de medidas.

49.7 La prevención de violaciones de derechos humanos.

Artículo 49. Programas de reparación colectiva. El Gobierno, siguiendo las recomendaciones la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparaciones, deberá implementar un programa institucional de reparación colectiva que comprenda acciones directamente orientadas a recuperar la institucionalidad propia del Estado Social de Derecho particularmente en las zonas más afectadas por la violencia; a recuperar y promover los derechos de los ciudadanos afectados por hechos de violencia, y a reconocer y dignificar a las víctimas de la violencia.

Artículo 51. Funciones de la comisión nacional de reparación y reconciliación. La Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación cumplirá las siguientes funciones:

52.1 Garantizar a las víctimas su participación en procesos de esclarecimiento judicial y la realización de sus derechos.

52.4 Hacer seguimiento y evaluación periódica de la reparación de que trata la presente ley y señalar recomendaciones para su adecuada ejecución.

52.5 Presentar, dentro del término de dos años, contados a partir de la vigencia de la presente ley, ante el Gobierno Nacional y las Comisiones de Paz de Senado y Cámara, de Representantes, un informe acerca del proceso de reparación a las víctimas de los grupos armados al margen de la ley.

52.6 Recomendar los criterios para las reparaciones de que trata la presente ley, con cargo al Fondo de Reparación a las Víctimas.

52.7 Coordinar la actividad de las Comisiones Regionales para la Restitución de Bienes.

Artículo 55. Funciones de la Red de Solidaridad Social. La Red de Solidaridad Social, a través del Fondo de que trata la presente ley, tendrá a su cargo, de acuerdo con el presupuesto asignado para el Fondo, las siguientes funciones:

56.1 Liquidar y pagar las indemnizaciones judiciales de que trata la presente ley dentro de los límites autorizados en el presupuesto nacional.

56.2 Administrar el Fondo para la reparación de víctimas.

56.3 Adelantar otras acciones de reparación cuando a ello haya lugar.”

COMENTARIO:

Al leer detenidamente el desarrollo normativo de la ley precitada, se nota su gran contenido garantista para las víctimas y la implementación de mecanismos que ofrecen seriedad para su cumplimiento. De igual modo se observa que recoge en gran parte articulado de la ley 906 de 2004 y de los Instrumentos Internacionales a que ya se ha hecho referencia, pero no obstante lo anterior, queda la sensación que este precepto legal, va a quedarse corto ante la realidad que vive la sociedad colombiana y que detrás de este compendio normativo, existen otros intereses que terminan beneficiando a cualquier sector, menos a la víctima como debiera ser, ya que no siempre las políticas criminales van encaminadas a un solo objetivo sino que redundan en beneficio de unos y en contra de otros.

Tratamiento de las víctimas frente a la nueva Ley de Justicia, Paz y Reparación - Ley 975 de 2005 – y las normas internacionales.

- *Víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario*⁸⁹

Para los efectos de dicha ley, se entiende 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.

⁸⁹ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

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.

- *Trato de las víctimas*

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 violencias o traumas gocen de una consideración y atención especiales, para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma.

- *Derecho de la víctima a disponer de recursos*

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:

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

Acceso a la justicia

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.

Para este efecto, los Estados deben:

- 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;
- Adoptar medidas para minimizar los inconvenientes a las víctimas y sus representantes, proteger su intimidad contra ingerencias 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;

- Facilitar asistencia apropiada a las víctimas que tratan de acceder a la justicia;
- 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.

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.

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.

- *Reparación de los daños sufridos:*

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 natural 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.

Los Estados deben procurar por 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.

Los Estados deben ejecutar, 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.

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:

- 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.
- 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 violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes:
 - El daño físico o mental;
 - ❖ La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;
 - ❖ Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;
 - ❖ Los perjuicios morales;
 - Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.
- La **rehabilitación** ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.
- La **satisfacción** ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes:
 - ❖ Medidas eficaces para conseguir la cesación de las violaciones continuadas;
 - ❖ 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;

- ❖ 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;
- ❖ 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;
- ❖ Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades;
- ❖ La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;
- ❖ Conmemoraciones y homenajes a las víctimas;
- ❖ 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.

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

- ❖ El ejercicio de un control efectivo de las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad;
- ❖ 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;
- ❖ El fortalecimiento de la independencia del poder judicial;
- ❖ 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;
- ❖ 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;
- ❖ 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, la salud, la psicología, los servicios sociales y las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales;

- ❖ La promoción de mecanismos destinados a prevenir y vigilar los conflictos sociales;
- ❖ 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.

Acceso a información pertinente sobre violaciones y mecanismos de reparación

Los Estados deben generar medios de informar al público en general, y en particular a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario, de los derechos y recursos que se tratan en los principios y directrices 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.

Derechos de las víctimas a participar en el proceso:

"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 humano. Por el contrario, el principio de dignidad impide que la protección a las víctimas y perjudicados por un delito sea exclusivamente de naturaleza económica".⁹⁰

⁹⁰ C. Const., Sent. C-228, abr. 3/2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

Derechos de las víctimas del delito en el derecho internacional y en el derecho colombiano:

"En el derecho internacional se ha considerado como insuficiente para la protección efectiva de los derechos humanos, que se otorgue a las víctimas y perjudicados únicamente la indemnización de los perjuicios, como quiera que la verdad y la justicia son necesarios para que en una sociedad no se repitan las situaciones que generaron violaciones graves a los derechos humanos y, además, porque el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos, exige que los recursos judiciales diseñados por los Estados estén orientados hacia una reparación integral a las víctimas y perjudicados, que comprenda una indemnización económica y, el acceso a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y para buscar, por vías institucionales, la sanción justa de los responsables.

En 1948, tanto la Declaración Americana de Derechos del Hombre como la Declaración Universal de Derechos Humanos, marcan el inicio de una tendencia en el derecho internacional por desarrollar instrumentos que garanticen el derecho de todas las personas a una tutela judicial efectiva de sus derechos, a través de la cual no solo obtengan reparación por el daño sufrido, sino también se garanticen sus derechos a la verdad y a la justicia. (...).

De lo anterior surge que tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia—no restringida exclusivamente a una reparación económica— fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello solo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

De tal manera que 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:

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.

El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito".⁹¹

“Es así como a la luz de la nueva regulación legal, las víctimas de un delito en garantía de los derechos que les asiste a la verdad, la justicia y la reparación, pueden intervenir en todas las fases de la actuación penal para demandar la adopción de medidas de atención indispensables en orden a garantizar su seguridad personal y familiar, como también las de protección necesarias frente a toda injerencia indebida a su privacidad o dignidad.

Así mismo, pueden acceder a la justicia en condiciones de igualdad para la determinación de sus derechos de carácter civil (restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los perjuicios), a través de la solicitud de las medidas patrimoniales instauradas a su favor o del incidente de reparación integral; tienen derecho igualmente, a conocer la realidad de los hechos o a ser debidamente informadas sobre el desarrollo de averiguación, el juicio, la sentencia, la dosificación de la pena y cuanto sea de su interés a efecto de promover el incidente de reparación integral”.⁹²

Pese a lo anterior y de acuerdo al consenso general de los detractores de la ley en comento, se presentan serias dificultades que hacen imposible que se pueda llegar a un verdadero proceso de justicia, paz y reparación, por lo siguiente:

- ❖ *La impunidad ha sido sistemática y recurrente. Sorprende que frente a crímenes que no han sido esclarecidos durante años, se de solo un plazo de 60 días a la fiscalía y Tribunales para esclarecerlos, por ello cabe preguntarse, en este poco tiempo podrá establecerse cual fue el daño real que recibió la víctima, o simplemente habrá que creer en la confesión del desmovilizado.*
- ❖ *No se exige una entrega de la totalidad de los bienes obtenidos ilícitamente, como requisito para el otorgamiento de beneficios. Con ello el gran poder económico se deja intacto. Sumado a ello, se deja condicionada la reparación a las víctimas, a la existencia de sentencias condenatorias. También es importante cuestionarse, si acaso con la restitución de unos bienes que no son de los desmovilizados sino de las víctimas, puede decirse que repararán los daños causados. Debe recordarse que la indemnización se hace con bienes del imputado, no con los bienes que antes le ha arrebatado a la víctima.*
- ❖ *En términos de las implicaciones de las medidas adoptadas, frente a la política criminal, especialmente en lo que se ha llamado la garantía de no repetición, por vía de la prevención general, resulta tener la misma gravedad un homicidio culposo en accidente de tránsito, que crímenes de lesa humanidad.*
- ❖ *Se crean las posibilidades para que las penas -5 a 8 años- sean rebajadas y que el periodo que han permanecido los desmovilizados en*

⁹¹ C. Const., Sent. C-228, abr. 3/2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett

⁹² Exposición de motivos, Proyecto de Ley Estatutaria 1/2003 Cámara. Gaceta del Congreso N° 339, jul. 23/2003, pág. 61.

encuentros y bajo la protección del gobierno en las zonas de concentración, sea asumido como cumplimiento de parte de la pena. Ello implicaría, en la práctica, que al momento de sanción de la ley, la pena estaría cumplida, quedando así los crímenes (ejecuciones extrajudiciales, torturas, “desapariciones forzadas” y desplazamiento forzado en total y absoluta impunidad.

- ❖ *No se exige una confesión plena de los hechos en que se ha participado, el hecho de no contribuir al esclarecimiento de los mismos, no genera una pérdida de los beneficios. Por el contrario, los responsables de graves crímenes contra la humanidad, resultan favorecidos, si con posterioridad se establece la falsedad de sus confesiones.*
- ❖ *Adicionalmente, la verdad de lo ocurrido, se limita a la participación individual, sin que públicamente se establezca y se develen las estructuras, financiadores y determinadores del paramilitarismo.*
- ❖ Sumado a esto, es particularmente grave que se otorgue a los grupos paramilitares el status de delincuentes políticos, más aún cuando se observa su responsabilidad en crímenes internacionales y responsables del narcotráfico. Ese otorgamiento buscaría otorgarles un blindaje frente a la actuación de la jurisdicción universal de la Corte Penal Internacional.
- ❖ Con esta decisión, se abre paso para que autores de graves crímenes contra la humanidad, reciban amnistías e indultos y a su vez puedan ocupar cargos públicos e intervenir en política, dejando a la sociedad moldeada al querer de los victimarios.

También, vale hacer alusión, a un comentario en la revista Semana: “Hasta la fecha no existe un verdadero sistema de alerta para prevenir masacres ni tampoco se ha adelantado una campaña efectiva para la titulación colectiva de tierras que impida que el que desplace se apropie de terrenos abandonados. Tampoco hay normas flexibles que faciliten la contratación de emergencia. Para retornar a sus tierras los pobladores de Cacarica, hacinados en un coliseo deportivo en Turbo, tuvieron que esperar a que el gobierno abriera una licitación pública de ocho meses para dragar el río por el que viajarían de nuevo a sus casas. Mas allá de los recursos y de las acciones puntuales que faltan, como dice el defensor del pueblo, “la principal debilidad de la acción estatal radica en la ausencia de una visión integral de las consecuencias del conflicto armado en la población civil”. En otras palabras, el país cuenta y llora todos los días sus tragedias pero no moviliza todos sus mejores recursos para detener el agujero negro que es la guerra.”⁹³

Vistas las anteriores consideraciones es importante cuestionar si la implementación de una justicia restaurativa, finalmente beneficia al Estado, la sociedad, el imputado, la víctima, o a todos por igual, para tal efecto es necesario reflexionar sobre las siguientes apreciaciones:

La justicia restaurativa propende por la observancia del principio de legalidad, el cual prescribe que frente a todo hecho ilícito penal que se produzca dentro

⁹³ CALDERÓN, Ricardo. Bomba de tiempo. En: Revista Semana, Edición N° 1.044, Mayo 6-13 de 2002, P.36.

de la esfera de atribuciones del Juez natural, aquél debe ser conocido, juzgado y eventualmente castigado su autor por éste.

Así la noción de soluciones alternativas constituye una especie de moderación de dicho principio, pues en el mundo de los hechos, en la realidad diaria, no ocurre de esta manera, sino por el contrario operan de manera permanente criterios de selectividad procesal, formales e informales, que determinan cuales casos en definitiva serán conocidos y juzgados.

Es por ello que los mecanismos de justicia restaurativa, por ejemplo los acuerdos conciliatorios, surgen como una posibilidad de regular y consagrar la aplicación práctica de criterios de selección de casos, definidos de manera pública y transparente, en concordancia con los criterios de política criminal igualmente determinados por los diferentes operadores del ordenamiento jurídico.

En toda sociedad que por naturaleza es compleja, frente a un aumento de la criminalidad en general, las tendencias modernas en el derecho comparado se inclinan por priorizar el denominado derecho penal mínimo y de alternativas, en donde deben existir amplios espacios de libertad, debiendo la reacción penal sólo ser considerada como última ratio, de manera que se torne necesario establecer diversas alternativas de solución a los conflictos, dejando al juicio oral y público como la herramienta última para la protección de los intereses y para la solución de conflictos más relevantes.

Por ello se considera que al derecho penal, no sólo le corresponde una labor sancionatoria, sino que es imperativo el agregarle una labor garantizadora de los derechos fundamentales de las partes que integran el proceso penal, procurando de manera decisiva la reinserción social del imputado, además de la plena y real satisfacción de los intereses de la víctima.

Vale señalar que la legislación procesal penal costarricense, presenta algunos convenios de reparación a los que es posible llegar tras un proceso de negociación, en el contexto de la conciliación; y que ahora la ley de justicia y paz ha recogido, tales como la Reparación in natura o ideal; Restitución; Pago del valor de la cosa; Indemnización; Prestaciones, sean o no relacionadas con el daño específicamente causado; Publicación de la retractación tratándose de delitos contra el honor; Formulación pública de disculpas o explicaciones; Promesa de no reincidencia.

BENEFICIOS PARA LAS VÍCTIMAS.

Surgen de estos mecanismos alternativos de solución de conflictos, no solo la restitución al status quo anterior a la comisión del delito, sino también desde una perspectiva más amplia se puede llegar a incluir otras formas sustitutivas de compensación de la víctima, tales como la prestación económica en su favor, la disposición personal de un servicio también en su favor o en beneficio

de la comunidad, o simplemente la formulación de una disculpa exteriorizada y formalizada de algún modo.

En este punto vuelve a quedar en evidencia la idea de potenciar el interés preponderante de la víctima, quien de manera personal o asistida por un abogado podrá, en el contexto de un proceso de negociación, demandar el contenido mínimo de la reparación con el cual se declara satisfecha y dispuesta a concurrir con su voluntad a la celebración de un acuerdo conciliatorio.

LA RECUPERACIÓN DE LA VÍCTIMA

En la actualidad, la así denominada “recuperación de la víctima” constituye un fenómeno evidente en el Sistema Penal, a través de un extenso articulado. Esto, por cierto, da cuenta de un proceso de inflexión de los presupuestos que explican el surgimiento del Derecho Penal liberal. En efecto, el Sistema Penal, en cuanto medio formalizado de control social, opera sobre la base de la neutralización de la víctima y, por esa vía, de la venganza privada.⁹⁴ A partir de esta premisa, y con el influjo de las teorías relativas o preventivas de la pena, el sistema penal opta por prescindir de la víctima concreta, esto es, de la víctima actual, para resguardar a la víctima potencial⁹⁵.

Lo anterior se conecta directamente con la teoría del bien jurídico: en cuanto se distingue entre bien jurídico y objeto de la acción (objeto del ataque), la víctima resulta objetivada en el bien jurídico⁹⁶. Al autor de un homicidio no se lo castiga por atentar contra la vida concreta del sujeto pasivo, si se prefiere, del destinatario de su acción, sino que por poner en entredicho y, de ese modo, lesionar el bien jurídico “vida”, el interés social -en términos de von Liszt- en la supervivencia de los miembros de la sociedad.

En esa medida, el conflicto que genera la infracción de la norma no se traba primordialmente entre el autor y la víctima sino entre el autor y el Estado, el cual sólo se encuentra legitimado para intervenir en razón del interés público que subyace a la afirmación del bien jurídico. Es más, el conflicto que motiva la intervención del Estado ha de ser público aun para autores que prescinden de la noción de bien jurídico. En este sentido, expresa, Jakobs: “Evidentemente las decepciones exclusivamente individuales de alguna de las partes de los contactos sociales no constituyen asuntos públicos y por ello no representan motivo para reacciones estatales”.⁹⁷

Hoy asistimos a una considerable “intensificación de la influencia de los modelos teóricos que proponen la reorientación del Derecho penal a la satisfacción de la víctima del delito”.⁹⁸ Y esto pone en entredicho algunas de las bases fundamentales que permiten la legitimación -al menos relativa- del ius

⁹⁴ Ferrajoli, Luigi. El Derecho Penal Mínimo, en Prevención y Teoría de la Pena, dir. por Juan Bustos R. Edit. Jurídica Conosur, Santiago, 1995. Pág. 38.

⁹⁵ Silva Sánchez, Jesús-María. Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación, en Estudios de Derecho Penal... Pág. 219.

⁹⁶ Pérez Sanzberro, Guadalupe. Reparación y Conciliación en el Sistema Penal. Ed. Comares, Granada, 1999. Pág. 332.

⁹⁷ Jakobs, Günther. Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Marcial Pons, Madrid, 1995. Pág. 12.

⁹⁸ Silva Sánchez, op. cit., pág. 216.

puniendi, principalmente en lo que atañe a los principios de legalidad e igualdad, pues en definitiva y como apunta Silva Sánchez, “el nuevo protagonismo de la víctima en el proceso que por muchos se propugna ahora también conlleva -y no cabe olvidarlo- el retorno a la dramatización, que, sin duda, no es el campo ideal de desarrollo de las garantías del imputado”.⁹⁹ Ello vuelve significativo el examen de un concepto estrechamente ligado a este proceso de reorientación: el concepto de reparación.

Una concepción mínimamente liberal del derecho penal impone limitar la intervención del Estado a aquellas hipótesis cuya significación comunicativa resulte intolerable desde un prisma eminentemente colectivo. La transferencia de esta potestad de definición desde el legislador al órgano adjudicador importa altas cuotas de incerteza y, sobretodo, de desigualdad.

Esta situación es recogida de sistemas como el introducido por el Código Procesal Penal chileno -en el cual se requiere, efectivamente, el acuerdo de la víctima para que proceda la reparación-, porque respecto de dos sujetos que realicen exactamente la misma conducta, la posibilidad de liberación de pena dependerá del hecho de que la víctima se sienta reparada con una determinada prestación por parte del autor del delito, lo cual evidentemente variará de un caso a otro. Y es inequívoco que el proceso penal constituye la sede más idónea para que la víctima logre imponer sus términos en la negociación.

BENEFICIOS PARA EL IMPUTADO.

REINCORPORACIÓN Y ACEPTACIÓN DE LA COMUNIDAD.

Se puede sostener que estas salidas alternativas, aparentemente permiten hacer efectiva la responsabilidad penal del imputado de una manera distinta a la tradicional y posiblemente más provechosa; e igualmente le permite una fácil reincorporación a la sociedad.

Otro beneficio recae sobre el grupo familiar y comunitario más cercano al imputado, quienes con la aplicación de esta justicia restaurativa evitarán el trauma familiar, social y económico que irremediablemente los alcanzaría en caso de serle aplicada al imputado una respuesta punitiva tradicional de privación o restricción de libertad.

BENEFICIOS OBTENIDOS POR EL ESTADO.

La introducción del concepto de reparación en el Derecho Penal refleja un cambio de paradigma, al menos relativo, en la comprensión misma de lo que es -o debe ser- el Derecho Penal. Dejando de lado sus implicaciones en lo concerniente a las teorías de la pena, en parte porque actualmente resulta

⁹⁹Op. cit., pags. 222 y 223.

especialmente controvertido escindir prevención y retribución,¹⁰⁰ la admisión de la reparación dentro del Sistema Penal da cuenta de que éste considera plausible una concepción de lo injusto penal, en ciertos casos por lo menos, como un conflicto entre agente y víctima y, por lo tanto, de que su solución se satisface con la satisfacción de esta última.

Por esto resulta particularmente preocupante el hecho de que la reforma al proceso penal, con todos los mecanismos tendientes a rescatar el interés de la víctima que ella ha introducido, haya antecedido a la necesaria reforma del Código Penal. Pues conceptualmente la revisión de los presupuestos de la responsabilidad ha de ser anterior a la revisión de los mecanismos de atribución institucional de esa responsabilidad, sobre todo si por la vía de la modificación de estos mecanismos se produce una legitimación de esos presupuestos, algunos de los cuales no resisten el examen desde una concepción de Derecho Penal mínimo, esto es, desde una concepción que se toma en serio el principio de subsidiariedad.

En la medida en que la efectiva imposición de pena quede relativamente al menos sujeta a la voluntad de la víctima, el carácter público del conflicto que la infracción de la norma supuestamente conlleva se desvanece. La reparación como tercera vía del Derecho Penal resulta de este modo funcional al mantenimiento a-crítico de la punibilidad de conductas respecto de las cuales, paradójicamente, el legislador se muestra ex ante dispuesto a renunciar a la imposición de pena en la medida en que de tal forma las pretensiones de la víctima sean satisfechas. Así puede explicarse “la incesante extensión del Derecho Penal a toda forma imaginable de conducta socialmente enojosa, pues... ..el Estado no tiene ya por qué cumplir lo que promete”.¹⁰¹

BENEFICIO PARA LA SOCIEDAD.

Frente al fenómeno del delito y al conflicto social que él genera, tradicionalmente el derecho penal ha respondido con penas que generalmente afectan la libertad, surgiendo la legítima interrogante de si dicha respuesta constituye realmente una solución. Así las cosas el establecimiento y aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos se justifica a partir del beneficio que éstos pretenden acarrear a la sociedad que conforma el estado de derecho.

Puede hablarse de un beneficio social o general, en el entendido que la justicia restaurativa posibilita que un miembro suyo -el imputado- se reincorpore de nuevo como un ciudadano útil y no permitiendo que quede marginado de la dinámica social, evitando así el deterioro y descomposición de la misma sociedad.

¹⁰⁰ Vid. Lesch, Heiko. La función de la pena. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Dykinson, Madrid, 1999.

¹⁰¹ Pott, Christine. La pérdida de contenido del principio de legalidad y su manifestación en la relación entre delito de encubrimiento por funcionario y el sobreesimiento, en La Insostenible Situación del Derecho Penal. Comares, Barcelona, 1999. Pág.100.

EFECTO ECONÓMICO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.

Con la incorporación de los mecanismos de justicia restaurativa, será posible racionalizar en mejor medida la utilización de recursos humanos y materiales destinados a la función pública, dada la conclusión de que cualquier investigación de un delito compromete un elevado costo económico para la administración de justicia.

Un adecuado filtro para el ingreso de causas a la etapa de investigación, incidirá en un ahorro económico considerable, evitando el gasto de importantes recursos en el inicio de investigaciones por supuestos delitos de escasa gravedad y relevancia social, o bien tratándose de hechos que dado los antecedentes existentes, ofrecen mínimas posibilidades de ser esclarecidos.

Visto lo anterior se puede estimar que es conveniente la posibilidad de generar una apertura del Derecho Penal y Procesal Penal a nuevas alternativas que signifiquen mayor agilidad en la administración de la justicia, evitando la práctica de juicios, pero sin dejar de solucionar los conflictos sociales de mayor relevancia que demandan respuestas pertinentes. Solo en este contexto, los denominados resultados restaurativos surgen como una alternativa de respuesta, ágil y moderna, tratándose de determinada clase de delitos, tal como lo señala el profesor BUSTOS, “el sistema penal se debe configurar no sólo como un sistema penal mínimo, sino como un sistema penal de alternativas. Esto es que el propio sistema penal esté capacitado para tolerar y propiciar que el conflicto social (criminal) se resuelva más allá de su propio sistema, con lo cual además se llega a hacer desaparecer los conceptos de ofensor y víctima, pues sólo se tratará de partes que llegan a un acuerdo sobre su conflicto”.¹⁰²

Únicamente, y de esta forma puede pensarse que los mecanismos de solución alternativa, entendidos como una verdadera negociación directa entre los involucrados, llegarán a constituir una buena solución a determinados conflictos derivados del hecho delictivo, toda vez que por su intermedio se potencia y actualiza la participación que corresponde a los verdaderos protagonistas de dicho conflicto, -víctima e imputado-, en la búsqueda de los términos de reparación, declarados como suficientes por ellos mismos para ponerle término, pero sin que con ello se margine al Estado, principal obligado a sostener el mantenimiento y restauración de la armonía social.

¹⁰² BUSTOS, Juan y LARRAURI, Elena, “Victimología: presente y futuro”, Editorial PPU, 1993. Pag. 147.

3. ALCANCE Y LINEAMIENTO DEL NUEVO SISTEMA PENAL Y LAS VÍCTIMAS

El sistema penal actual implica una tensión permanente entre la eficacia y las garantías. Dicha tensión aparece con mayor fuerza cuando se trata de revisar la relación existente entre la protección de las víctimas y el derecho de defensa. Se trata de determinar, en la perspectiva del debido proceso, la esencia del derecho de defensa y la protección de las víctimas, a fin de establecer cuándo, a propósito de esta protección habría una afectación insostenible de esa garantía judicial mínima, o contrario sensu, cuando este derecho de la defensa se convierte en una afectación más de las garantías de las víctimas.

Los objetivos del sistema penal moderno pretenden entrar en un proceso de cambio, atendiendo a que los intereses de la víctima y la ayuda a quienes se encuentran en esta condición aparece como uno de los efectos beneficiosos, reales y verificables que el sistema puede traer. Así mismo una concepción moderna de la seguridad ciudadana se vincula, ya no sólo al mantenimiento de un orden y el respeto por un cierto conjunto de normas, sino que a la promoción de las condiciones que permitan a las personas el goce de sus derechos. En tal sentido, una de las formas de promover la seguridad de los ciudadanos, tiene que ver con la preocupación por quienes se han visto privados de derechos a consecuencia de un delito.

La sociedad y el estado existen para las personas, para garantizar su dignidad y su libertad. Los derechos fundamentales del hombre, que provienen de la idea misma de la dignidad humana, deben ser la preocupación esencial de la administración de justicia. Si la justicia no está preparada para defender al ciudadano de los abusos de sus semejantes, de los poderosos y de los del propio Estado, entonces la administración de justicia, no cumple papel preponderante alguno, por tanto, el Estado debe cambiar el sistema penal con relación su finalidad en el proceso, esto es, dejar de lado el poder punitivo de perseguir al delito y convertirlo en una facultad punitiva, solamente así se podrá hablar de vivir en una sociedad democrática.

La comisión constitucional redactora de la reforma penal consagró lo que podría denominarse el principio de acceso de las víctimas a la administración de justicia, en ese sentido la víctima tendría derechos a recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno; la protección de su intimidad, y la garantía de su seguridad, la de sus familiares y testigos a favor; una pronta e integral reparación de los daños sufridos; ser oída y a que se le facilite el aporte de pruebas; recibir información pertinente para la protección de sus intereses, y

a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual ha sido víctima, que sus intereses sean considerados al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto.

De igual manera tiene derecho a ser informada sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; acudir en lo pertinente ante el juez que ejerza la función de control de garantías, y ejercer los recursos ante el juez de conocimiento cuando a ello hubiere lugar; ser asistida 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; recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley; sea asistida 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.

Con la reforma al sistema penal, la víctima asume un rol que en otras épocas no se esperaba, deja de ser ausente y pasiva para convertirse en un sujeto de derechos y como tal ser activa dentro del proceso penal, podrá en adelante tener conocimiento de la actuación procesal y hacer las solicitudes con miras a demostrar los daños que se le causaren para de esa manera buscar los mecanismos efectivos de reparación.

El rol de la víctima dentro del proceso penal ya había sido anunciado por la Corte Constitucional, al considerar que “Existe una tendencia mundial, que también ha sido recogida en el ámbito nacional por la Constitución, según la cual la víctima o perjudicado por un delito no sólo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios que se le hayan causado, trátase de delitos consumados o tentados, sino que además tiene derecho a que a través del proceso penal se establezca la verdad y se haga justicia”.

El nuevo sistema procesal penal de tendencia acusatoria que se propuso desde un principio apunta a tres procedimientos derivados de la situación fáctica en que se presenten las conductas punibles, la trascendencia por su gravedad o daño social y la celeridad en los procesos de investigación con eficiencia y eficacia y sobre todo en busca de una pronta y cumplida justicia. Con relación a este tema se debe anotar lo siguiente:

Durante la investigación preliminar existen algunas actividades que requieren autorización previa de la Fiscalía General de la Nación o control judicial. Estas son: registros y allanamientos, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones, búsqueda selectiva en bases de datos, seguimiento pasivo, seguimiento activo o incursiones, uso de agentes encubiertos, vigilancia especial mediante la utilización de medios electrónicos, sellamiento de inmuebles, retención de medios de transporte, incautación de documentos, computadores, captura de los sospechosos, medidas de protección de las víctimas, examen de lesionados y reconocimiento de fotografías. Esto en la medida de tratarse de actuaciones que de alguna manera restringen o limitan los derechos fundamentales de las potenciales partes del proceso (imputado y víctima). Por esta razón corresponde al juez de garantías efectuar los controles necesarios.

La duración de la fase preliminar por regla general es indefinida, es decir su único límite es la prescripción de la acción penal. El ejercicio del control de garantías tendrá existencia en la audiencia de control judicial posterior, la cual tendrá lugar durante las treinta y seis (36) horas siguientes para las medidas que afecten la intimidad y los derechos fundamentales. Lo más pronto posible, sin exceder a las treinta y seis (36) horas si se trata de una captura.

Las víctimas tienen la posibilidad de intervenir, aun cuando no participan en la audiencia de control de garantías previa, salvo en calidad de declarante o deponente. Su intervención se reduce a su interés de conocer aquellas actividades dirigidas a la reparación del daño causado, por ello, tiene derecho a que se le mantenga informado sobre el curso y fin de las investigaciones.

- ***Audiencia de apertura del juicio oral***

Se trata de una audiencia oral en donde se da lectura a un escrito breve y concreto, que contenga relación de los hechos por los cuales se realizará el juicio oral y relación de los elementos materiales probatorios que pretendan introducirse en el debate oral.

Las restricciones que hayan sido impuestas se mantienen, salvo que circunstancias nuevas justifiquen su revocación o modificación, y ella se solicite por la defensa. La audiencia es pública. El acusado debe contar con su defensor en la audiencia. La acusación no tiene recursos. No hay intervención ni de las víctimas ni del Ministerio Público. La fiscalía revelará a la defensa las pruebas de cargo que pretende hacer valer en el juicio.

Los sujetos procesales presentarán sus alegaciones de conclusión, el orden será: fiscalía, representante legal de las víctimas, ministerio público, la defensa, refutación de la fiscalía, réplica de la defensa.

En la reforma al sistema penal la víctima asume un rol que en otras épocas no se esperaba, pues deja de ser ausente y pasiva, para convertirse en un sujeto de derechos y como tal ser activa dentro del proceso penal, podrá en adelante tener conocimiento de la actuación procesal y hacer las solicitudes con miras a demostrar los daños que se le causaren para de esa manera buscar los mecanismos efectivos de reparación. De este modo las garantías de protección a las víctimas recogen lo expuesto por la Corte Constitucional, en cuanto a que “la víctima o perjudicado por un delito no sólo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios que se le hayan causado, trátase de delitos consumados o tentados, sino que además tiene derecho a que a través del proceso penal se establezca la verdad y se haga justicia”[7]

El fiscal frente a la víctima debe:

- Darle trámite a su denuncia o querrela.
- Solicitar medidas de protección, de ser necesario.

- Darle a conocer el estado de la investigación.
- Informarle sobre la posibilidad de hacer uso del principio de oportunidad.
- Avisarle sobre la fecha y hora del juicio.
- Orientarle en relación con sus posibilidades y la necesidad de probar los perjuicios.

“... no se realizan los propósitos fundamentales del proceso penal si la condena del responsable de una conducta punible se logra desconociendo las garantías constitucionales que le amparan. En igual sentido, no se administra justicia si se pone fin a una actuación penal haciendo caso omiso de la necesidad de reparar el daño causado a la víctima o despojándola de los derechos que le asisten”¹⁰³.

Por la marcada incidencia del constitucionalismo en el proceso penal, en la política criminal y en la dogmática penal, y por el amplio contenido que generan las múltiples garantías de orden procesal penal consagradas en el Ordenamiento Superior, el proceso penal de naturaleza acusatoria ha de perseguir los tres fines antes citados, pero incorporando decididamente la protección de las víctimas y perjudicados con la conducta punible, aspecto éste que muy poco se ha tenido en cuenta hoy día. Así las cosas, tanto la Fiscalía investigadora y acusadora como el Juez competente atenderán en sus actuaciones a la satisfacción de estas finalidades, siempre dentro del marco del debido proceso. Y aún considerando que el actual sistema penal sólo existe cuando hay lugar al juicio público, contradictorio y oral. El Fiscal en su investigación debe dirigir sus actos respetando los derechos fundamentales para la realización de las garantías procesales, pero además, debe predecir hacia el futuro la realización del derecho sustancial en el juicio y la materialización del restablecimiento del derecho en favor de las víctimas y perjudicados. Pues a este último aspecto se refiere la disposición contenida en el numeral 6 del art. 250 de la Constitución Política, modificado actualmente, a partir del cual es función de la Fiscalía General de la Nación, entre otras, “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”.

Sobre este punto, la Corte Constitucional ha dicho en la sentencia antes citada:

“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 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

¹⁰³ Corte constitucional. Sentencia T-556, julio 19 de 2.002. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

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 humano. Por el contrario, el principio de dignidad impide que la protección a las víctimas y perjudicados por un delito sea exclusivamente de naturaleza económica”.

Agrega además:

“La Constitución ha trazado como meta para la Fiscalía General el “restablecimiento del derecho”, lo cual representa una protección plena e integral de los derechos de las víctimas y perjudicados. El restablecimiento de sus derechos exige saber la verdad de lo ocurrido, para determinar si es posible volver al estado anterior a la vulneración, así como también que se haga justicia”.

Se hace necesario entonces, en el conflicto que surge entre el Estado jurisdiccional y el ciudadano infractor de la ley penal, volver los ojos hacia las víctimas de la conducta punible, no alejarlas de ese conflicto, propendiendo no sólo por el resarcimiento económico de los perjuicios causados, sino procurando, en el marco integral del principio rector del “Restablecimiento del derecho”, el que cesen los efectos nocivos creados con la comisión del punible y el que vuelvan las cosas a su estado anterior, atendidos los conceptos de verdad y de justicia, este último bajo el criterio de imponer la sanción acorde a los responsables de la ilicitud, claro está, existiendo mérito para ello.

De todas maneras, vale la pena concretar las posibilidades procesales con que cuentan las víctimas y perjudicados para hacer prevalecer sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de perjuicios, dentro del esquema procesal penal acusatorio. Pues bien, toda vez que nuestra legislación protege los derechos de las víctimas, existen unos mecanismos de justicia restaurativa, entre ellos tenemos: la mediación y la conciliación en el incidente de reparación integral de perjuicios.

Las medidas de protección a las víctimas durante la investigación, según el artículo 250, numeral 1° de la Constitución Política (modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002), las solicita la Fiscalía al juez que ejerza las funciones de control de garantías. Pero, correlativamente, esa medida de protección a las víctimas, contiene una limitación al derecho de propiedad, posesión o tenencia, que puede resultar fundamental si se encuentra en conexidad con otros que igualmente son fundamentales (vida, trabajo, etc.), lo cual indica que se aplicaría el numeral 3 del artículo 250 citado, a cuyo tenor la Fiscalía deberá asegurar los elementos materiales probatorios mediante el procedimiento de cadena de custodia (por ejemplo un vehículo), pero, si requiere afectar derechos fundamentales, deberá mediar la autorización del juez de control de garantías.

Cuando se trate de casos de lesiones personales culposas y aún no se haya interpuesto la querrela, el fiscal puede solicitar para que el juez provea una medida de protección oportuna a la víctima y no una medida inoperante por ser tardía, pues, si dentro de los seis (6) meses siguientes no se formula la querrela ni se intenta la conciliación preprocesal, la medida debe levantarse y permitir el libre comercio del bien. La protección a la víctima y a los derechos fundamentales, si se quiere hacer eficaz, debe prestarse en algunos casos aún desde la indagación.

Sin embargo, esta concepción limitada de los derechos de las víctimas, ha venido sufriendo una transformación importante al punto que en la actualidad el derecho de las víctimas de los delitos surge como uno de los desafíos de la comunidad jurídica, el cual exige cambios estructurales tales como la implementación de instrumentos que les otorgue espacios dentro y fuera del proceso a través de métodos alternativos para la solución de conflictos como la mediación.

Esta idea jurídica de protección a las víctimas fue acogida en el sistema acusatorio de procesamiento criminal, implantado con el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado en el proyecto de Código de Procedimiento Penal, a través del tratamiento que se da a las víctimas y perjudicados con miras a cumplir los estándares internacionales requeridos en materia de eficiencia del sistema penal.

Es así como a la luz de la nueva regulación legal, las víctimas de un delito en garantía de los derechos que les asiste a la verdad, la justicia y la reparación, pueden intervenir en todas las fases de la actuación penal para demandar la adopción de medidas de atención indispensables en orden a garantizar su seguridad personal y familiar, como también las de protección necesarias frente a toda injerencia indebida a su privacidad o dignidad.

Así mismo, pueden acceder a la justicia en condiciones de igualdad para la determinación de sus derechos de carácter civil (restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los perjuicios), a través de la solicitud de las medidas patrimoniales instauradas a su favor o del incidente de reparación integral; tienen derecho igualmente, a conocer la realidad de los hechos o a ser debidamente informadas sobre el desarrollo de averiguación, el juicio, la sentencia, la dosificación de la pena y cuanto sea de su interés a efecto de promover el incidente de reparación integral.

Como también, están facultadas para intervenir en el programa de justicia restaurativa, entendida ésta como el proceso en el que la víctima y el imputado o acusado participan conjuntamente de forma activa, en la resolución de cuestiones derivadas del delito, en busca de un resultado restaurativo o acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades de las partes y a lograr su reintegro a la comunidad, con o sin participación de un facilitador, mediante mecanismos tales como la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación.

De manera que las víctimas y los perjudicados, adquieren con el nuevo sistema penal el status de protagonistas activos, acorde con los principios de protección y promoción de los derechos humanos y de la lucha contra la impunidad¹⁰⁴.

- *Justicia Restaurativa*

La Justicia Restaurativa es un nuevo movimiento en el campo de la victimología y la criminología, que parte del reconocimiento de que el delito causa daños a las personas y comunidades y que, por lo tanto, debe ser corregido creando un escenario –entre otros- donde se reduzcan los índices de impunidad, intolerancia, congestión y mora en la administración de justicia, y que a la vez logre el justo reconocimiento del perjuicio causado a la víctima y la resocialización del infractor en la comunidad.

A propósito, la ley 906 de 2004 encomendó a la Fiscalía General de la Nación, la misión de elaborar el manual que permita fijar las directrices y reglas a que deberá someterse el programa de Justicia Restaurativa, que se cumple con la expedición de la ley 975 de 2005, cuyo fin es el de fortalecer los conocimientos de los funcionarios de la entidad en materia de Justicia Restaurativa y solución de conflictos entre víctima y victimario, así como precisar los criterios para la aplicación de una metodología clara en la ejecución de estrategias para abordar los mecanismos de este nuevo sistema.

Ley 599 de 2000, trajo como novedad la protección del bien jurídico de las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Como lo ha dicho la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, es evidente que la grave situación de orden público que afronta el país desde hace varios años, debido a la agudización del conflicto interno (conflicto armado no internacional) y la consecuente propagación de organizaciones al margen de la ley que a diario vulneran o cuando menos ponen en riesgo prerrogativas tan esenciales como la vida, la integridad y otros derechos fundamentales de las personas, ha obligado, entre otras cosas, a un número muy significativo de ellas a abandonar sus hogares y parcelas para desplazarse a los centros urbanos, a fin de salvaguardar su existencia o integridad personal, viviendo en condiciones infrahumanas y violatorias de los derechos fundamentales que el Estado está en la obligación de proteger y efectivizar.

El artículo 2° de la Constitución Política consagra como fines del Estado la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta, a efectos de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y, de esa manera, asegurar el cumplimiento de los deberes sociales que le corresponden tanto al Estado como a los particulares.

Es responsabilidad del Estado velar por la no alteración del orden interno, la conservación orden social y por ende la protección del bien común. Por tal motivo, tiene la obligación de tomar las medidas necesarias para prevenir

¹⁰⁴ Proyecto de ley estatutaria No., exposición de motivos CPP.

daños y, en su defecto, para repararlos, ya que, dentro de la concepción filosófica de la Carta Política, el elemento social impone defender la tranquilidad, evitando la actividad de los perturbadores que puedan alterarla o enmendar los daños por éstos causados.

Así las cosas y teniendo en cuenta que es deber del Estado mantener el orden público, su alteración por razón de algunas de las actividades delictuales como las señaladas anteriormente, siendo el Estado el objetivo de la agresión, éste debe responder por los daños que se originan en la colectividad.

En conclusión, cuando se dice que el Estado es responsable por los actos de las personas privadas, esta responsabilidad no se va a manifestar como consecuencia del acto del particular, sino como consecuencia de no haber cumplido con su obligación primordial de mantener el orden público, pues debe tenerse en cuenta que el Estado se beneficia de privilegios, que los ciudadanos contribuyen con sus cargas, deberes y obligaciones, tal como lo contempla la Constitución Política, por lo que nace en él la obligación de mantener la organización socio política y la fuerza pública, en aras de proteger a la sociedad. De ahí que con la misma razón resulta adecuado deducir que cuando el Estado es objeto de actos desestabilizadores, debe reparar los daños de quienes fueron ajenos a ese objetivo directo, que no era la víctima misma, sino la organización política de la cual el individuo hace parte, puesto que el ciudadano lesionado es integrante de la sociedad a la que debe proteger en todos los ámbitos de sus derechos fundamentales.

Además, el artículo 85 de la Constitución Política, que estipula los derechos fundamentales de vigencia inmediata, es decir, que no requieren de desarrollo legal para su cumplimiento, impone al Estado el deber inmediato de la protección de los mismos y su reparación frente a su transgresión cuando la agresión se dirige contra el establecimiento o la sociedad que debe proteger.

La justicia restaurativa se basa, entre otros, en principios como la dignidad humana, la solidaridad y el Estado social de derecho, postulados que tienen una concepción normativa de eficacia privilegiada y no pueden ser entendidos de manera correcta con independencia del concepto de efectividad, ya que la Carta Política es clara en señalar que nuestro Estado se funda en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (art. 1°).

“Es así como a la luz de la nueva regulación legal, las víctimas de un delito en garantía de los derechos que les asiste a la verdad, la justicia y la reparación, pueden intervenir en todas las fases de la actuación penal para demandar la adopción de medidas de atención indispensables en orden a garantizar su seguridad personal y familiar, como también las de protección necesarias frente a toda injerencia indebida a su privacidad o dignidad.

Así mismo, pueden acceder a la justicia en condiciones de igualdad para la determinación de sus derechos de carácter civil (restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los perjuicios), a través de la solicitud de las medidas patrimoniales instauradas a su favor o del incidente de reparación integral;

tienen derecho igualmente, a conocer la realidad de los hechos o a ser debidamente informadas sobre el desarrollo de averiguación, el juicio, la sentencia, la dosificación de la pena y cuanto sea de su interés a efecto de promover el incidente de reparación integral”.¹⁰⁵

Al realizar un análisis concienzudo del proceso durante los nueve meses que lleva funcionando el nuevo sistema podríamos determinar cual ha sido la participación de la víctima en el proceso penal, a lo cual podríamos argüir de una observación somera que si bien es cierto, su intervención si ha sido mayor ahora que en el anterior sistema, no es menos cierto que ha habido casos en donde sus derechos no han sido reconocidos o al menos comunicado, como por ejemplo el de aportar elementos probatorios, ser informado sobre el estado o situación de los responsables de la conducta que causó el daño, sobre su protección y la garantía de que el hecho no se volverá a cometer por ser la pena proporcional y acorde al daño cometido, se han tasado montos de reparación económica pero en muchos casos no se ha hecho efectiva, aunque también en muchas ocasiones es por razones ajenas a los funcionarios encargados de administrar justicia como es la situación económica del causante del daño.

Cuando se trate de delitos cometidos por personal que goza de privilegios o inmunidades, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación deben ser garantizados, por lo que cabe la indemnización de los perjuicios ocasionados a las víctimas, incluso a cargo del Estado colombiano cuando se reúnan los requisitos para ello.

- *El posible peligro para la víctima*

Finalmente, hay que reseñar lo contemplado en el artículo 311 del Código frente al eventual peligro que puedan representar los actos de una persona para la comunidad, en el caso particular de la víctima. Dice la disposición que “se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella, su familia o sus bienes”. Se trata de una innovación del Código que debe interpretarse de acuerdo con el derecho que tiene el imputado a la libertad según el caso concreto, al mismo tiempo que debe interpretarse en función del papel central que la nueva legislación procesal penal concede a la víctima, así, si de la evaluación que de dicha persona se haga, se concluye que no ofrece peligro para la víctima o para la comunidad, no se privaría de la libertad, aquí pues, predominaría el bienestar y la seguridad de la víctima y la comunidad que la libertad del imputado.

Podría ser posible que el concepto de víctima se amplié, de tal manera que por víctima no se entienda sólo la misma persona contra la cual en algún momento se ha cometido una conducta, o sus familiares. Podría pensarse que víctima puede ser un sujeto potencial que viva en una situación de riesgo particular. El

¹⁰⁵ Exposición de motivos, Proyecto de Ley Estatutaria 1/2003 Cámara. Gaceta del Congreso N° 339, jul. 23/2003, pág. 61.

Código Penal consagra por ejemplo ciertas conductas que hacen parte de lo que puede denominarse el núcleo duro de derechos humanos y que hacen parte de la implementación en el derecho interno de los denominados crímenes internacionales, como es el caso del genocidio, la tortura, el desplazamiento forzado y la desaparición forzada; también se han consagrado las infracciones al derecho internacional humanitario. Podría pensarse en este sentido que un grupo de personas, que no conforman necesariamente la comunidad en los términos del artículo 310, pero que están en riesgo de ser objeto de desplazamiento forzado, o que entre ellas algunas personas lo han sido ya, sean consideradas todas como víctimas en los términos del artículo 311. Es decir, el concepto de víctima no sólo se restringiría al sujeto pasivo en sí de una conducta o a un miembro de su familia.

Lo mismo podría pensarse en relación con delitos sexuales que de manera reiterada se comentan en un cierto territorio o vecindario. Sujetos especialmente vulnerables, como niños o mujeres en especial condición de inferioridad, pueden ser comprendidas en un concepto más amplio de víctima que el que maneja el artículo 311.

3.1 DERECHOS Y GARANTÍAS SUPRANACIONALES

La problemática de la justicia, la verdad y la reparación en Colombia, frente al Derecho Internacional no ha sido muy halagadora, en especial cuando las sanciones que se han impartido son aquellas que se han derivado de lo preceptuado en cada uno de los distintos códigos penales que el país ha tenido, pues en las dos últimas décadas donde la violencia a nivel interno ha generado un verdadero problema político y social, y donde la comunidad internacional a través del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha tomado la voz por la impotencia que ha manifestado el Estado colombiano frente a muchas vulneraciones por investigar, juzgar y castigar a los responsables, y debido a ello las sanciones por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de otros organismos así lo han demostrado. Sanciones estas contra nuestro Estado que hasta hoy día han sido de tipo moral y económico; pero no se han juzgado personas en particular, ya que estos organismos internacionales no poseen la competencia para juzgarlos. En hora buena, hoy día tenemos la Corte Penal Internacional.

El anhelo de todos los pueblos, las comunidades y las personas en muchos territorios del mundo y en todo momento, ha sido la verdad, justicia y reparación, como es el caso de los genocidios de la segunda guerra mundial. Los crímenes de lesa humanidad como el asesinato, el exterminio, la esclavitud en todas sus formas, la deportación o traslado forzoso de la población, privaciones graves de la libertad, tortura, desaparición forzada de personas, el crimen de apartheid, el genocidio, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, han sido la muestra más real de la brutalidad que el hombre ha

desplegado contra los seres de su misma especie. Frente a esta situación, a través de muchas formas de violencia, que han nacido desde los mismos gobiernos, hasta grupos de personas que por diferentes tipos de intereses, han ejercido y ejercen hoy día violaciones graves a los Derechos Humanos, sin que en muchas oportunidades se logre hacer justicia, ni se conozca la verdad, ni mucho menos la reparación del daño causado. La impunidad que se ha dado desde gobiernos autoritarios, grupos armados de personas que con el pretexto de defender un ideal “político, económico, social o religioso”, han cometido cantidades alarmantes de graves violaciones a los derechos humanos, sin que ni siquiera hayan sido llevados a los tribunales para que respondan por los hechos atroces.

Frente a las circunstancias mencionadas anteriormente, los organismos internacionales agrupados al interior de las Naciones Unidas y de los organismos regionales, como la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, han celebrado convenios, han expedido declaraciones, resoluciones, protocolos y pactos, para acabar con las atrocidades, que la humanidad ha tenido que soportar, frente a las violaciones graves del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional humanitario. Así mismo se han creado tribunales nacionales e internacionales para juzgar los crímenes que se han cometido a nivel mundial, regional, nacional y local; estos tribunales como el de Nuremberg, el de Ruanda y el de Yugoslavia dan cuenta de la necesidad de juzgar y castigar a los responsables de los crímenes y reparar a las víctimas que han sufrido las consecuencias de estos y del abuso del poder.

A partir de la creación y entrada en vigencia de la Corte Penal Internacional que se encarga de juzgar a personas responsables de las violaciones graves al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, la comunidad internacional tuvo que crear este organismo para llevar ante la justicia, a las personas y no a los Estados, para que respondan ante el mundo y para evitar que se sigan cometiendo violaciones graves y perturbando también la paz entre los pueblos.

Colombia no se ha escapado de este mismo problema de violencia y atropellos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, incluyendo dentro de estos, los derechos de las víctimas como el acceso a la justicia, a saber la verdad, a que se le repare por los daños sufridos tanto moral como pecuniariamente y a que los responsables cumplan con una pena proporcional al daño causado. Actualmente Colombia es uno de los países del mundo donde más violaciones graves se cometen. Pues por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante sentencia del 29 de enero de 1997 condenó al Estado colombiano, en el caso de *Caballero Delgado y Santana*, en un fallo que buscó el *derecho a la justicia a la verdad y a la reparación*. Estos organismos internacionales han tenido que velar para que se haga justicia, se busque la verdad y se reparen las víctimas de violaciones graves al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuando el gobierno colombiano no ha podido o no ha querido, pues la razón de ser, de estos tribunales internacionales y de estos instrumentos, es remplazar a

los gobiernos en materia de investigación y juzgamiento, cuando son incapaces o no tienen los medios legales para hacerlo. Para el caso de Colombia, así como para otros países, existe la Corte Penal Internacional para los eventos en que los gobiernos de turno no son capaces, no quieren o no pueden juzgar a los criminales que actualmente están cometiendo violaciones graves al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, la Corte debe hacerlo con la capacidad que sus normas le permiten, para que así haya en nuestro país justicia y verdad, y ojala en todos los casos, reparación.

Es así como se garantiza los derechos propios de las víctimas, verdad, justicia y reparación, por medio de estos instrumentos normativos de carácter supranacional, pues son muchas las veces en que el Estado Colombiano ha sido condenado y ha recibido recomendaciones de organismos internacionales por la impunidad en la violación de derechos humanos.

El concepto de víctima tiene como fundamento diversos documentos internacionales, entre los cuales pueden mencionarse la Resolución 40 de 1934 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Declaración sobre Justicia y Asistencia para las Víctimas de la Sociedad Internacional de Victimología y la Decisión Marco de la Unión Europea de marzo 15 de 2001 Relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal.

De lo expuesto anteriormente se puede afirmar que es necesario tener a una concepción amplia de las víctimas del delito que concuerde con valores esenciales que conducen a un modelo de Estado social y democrático de derecho, acorde a las políticas humanitarias de nuestro Estado, no solo a nivel nacional sino también internacional. Este concepto constituye el presupuesto indispensable para una reformulación del modelo tradicional del proceso penal, tarea que debe emprenderse desde la victimología, orientado e influyendo cada día con más fuerza la dirección y el contenido del nuevo derecho penal y procesal penal, así como la política criminal, tanto en el ámbito del las regulaciones internacionales como en el de las legislaciones nacionales; a con mayor razón ahora que iniciamos un moderno sistema de justicia en donde la víctima adquiere derechos, convirtiéndose en protagonista del proceso penal desde el mismo momento en que el responsable o responsables de los perjuicios causados sobre él son vinculados en la investigación penal, de ahí que una de los aspectos más sobresalientes es el hecho de ser oral, público, contradictorio y democrático, con igualdad de cargas, de tal manera que la víctima o perjudicado pueda incluso hasta presentar elementos probatorios y controvertir los que presente la defensa.

Es de resaltar cómo la problemática de las víctimas se extiende más allá de los confines del derecho internacional en donde normas supranacionales reglamentan y controlan nuestra legislación en lo que tiene que ver con derechos humanos, de tal manera que también ha sido preocupación permanente de la organización de las Naciones Unidas. La resolución 40 de 1934 sobre los principios básicos de justicia para las víctimas del crimen y de abuso del poder es una muestra de ello. Esta fue adoptada por unanimidad en

Milán en 1985 y, según sostienen diferentes tratadistas, constituye uno de los éxitos más significativos de la vicimología.

Por otro lado, en el octavo congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, se dictaron las directrices sobre la función de los fiscales. En este documento se dijo claramente que el cargo de fiscal (en Colombia equivale al Ministerio público) debe estar estrictamente separado de las funciones judiciales y dentro de las funciones propias que debe desempeñar en el marco del procedimiento penal, se manifestó que en cumplimiento de sus obligaciones. Los fiscales:

- Protegerán el interés público, actuarán con objetividad, tendrán debidamente en cuenta la situación del sospechoso y de la víctima. Es decir, deberán ser imparciales dentro del proceso y velarán por los intereses de la comunidad, por que se cumplan las normas que protegen los derechos tanto de la víctima como del procesado. A veces algunos representantes del Ministerio público se acogen a la acusación del fiscal o a la decisión del juez pasando por alto la reclamación de derechos que en un momento dado corresponden a la víctima o al acusado.
- Considerarán las opiniones e inquietudes de las víctimas cuando se vean afectados sus intereses personales y asegurarán que se informe a las víctimas de sus derechos con arreglo a la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder. En el nuevo sistema penal acusatorio en Colombia se procuró desde el proyecto en el Acto Legislativo 03 de 2002, por el reconocimiento de los derechos de las víctimas, toda vez que en los anteriores sistemas poco o nada se le daba la oportunidad de participar, ya que para ello existía la vía de la acción civil y lo único que importaba para el estado era que a la víctima se le reparara pecuniariamente, sin tener en cuenta el derecho a la verdad y a la justicia, como ejemplo de ello, el tan sonado caso en los Estados Unidos “O. J. Simpson”; en nuestro Estado Colombiano, en hora buena, con este nuevo sistema se espera que la víctima pueda ser un actor más dentro del proceso, ya que a nadie más que a ella le interesa que el crimen del que fue víctima no se quede en la impunidad y a que se le informe la verdad sobre los hechos; sin embargo, pareciera que en lo que va corrido de este nuevo sistema de justicia no se haya cumplido hasta el momento en forma satisfactoria el reconocimiento de todos los derechos de la víctima.

En la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI, producida en el décimo congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente realizado en Viena del 10 al 17 de abril de 2000, se reconoce que las estrategias de prevención del delito en los planos nacional, regional y local deben abordar las causas profundas y los factores de riesgo relacionados con la victimación. Además, alienta a la elaboración de políticas que representen los derechos, necesidades e intereses de las víctimas, las comunidades y demás partes interesadas.

Se puede afirmar que la atención a las víctimas y el refuerzo de su posición en los sistemas de justicia penal es un criterio adoptado en consenso internacional, que obliga a los Estados a tomar medidas para adaptar sus legislaciones en busca de un reconocimiento contundente de las víctimas como protagonistas del delito y del consecuente proceso; tanto el modelo del Estado social y democrático de derecho y los planteamientos surgidos desde la victimología aportan importantes criterios para alcanzar un concepto amplio y pluralista de víctimas del delito.

Los planteamientos surgidos desde la filosofía, el derecho penal, la criminología, los instrumentos internacionales para la protección y desarrollo de los derechos humanos y la victimología, proporcionan las coordenadas fundamentales para la reformulación del sistema de justicia penal. Se trata de un proceso más humano que, a través de la consagración específica y la protección eficaz de los derechos humanos de las víctimas del delito, brinde un espacio adecuado para escuchar el clamor de las víctimas por la verdad y la justicia, especialmente en su aspecto restaurativo.

Por eso es muy necesaria la estructuración de un concepto amplio de víctimas del delito para el proceso penal, pero si nos preguntamos, ¿hasta donde ha llegado el estado Colombiano con la modificación del sistema penal en busca de un proceso más humano?; realmente es muy difícil alcanzar una comprensión más humana e integral del delito sin tener presente a las víctimas. De ahí la necesidad de un sistema penal fortalecido con ideas formuladas desde la victimología y el derecho internacional, en busca de una mayor coherencia con los postulados propios del modelo de Estado social y democrático de derecho, el cual contribuya al desarrollo eficaz de los derechos humanos, de los victimarios y preferentemente de las víctimas en el proceso penal.

3.1.1 *Los derechos de las víctimas del delito en el derecho internacional y en el derecho colombiano:* "En el derecho internacional se ha considerado como insuficiente para la protección efectiva de los derechos humanos, que se otorgue a las víctimas y perjudicados únicamente la indemnización de los perjuicios, como quiera que la verdad y la justicia son necesarios para que en una sociedad no se repitan las situaciones que generaron violaciones graves a los derechos humanos y, además, porque el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos, exige que los recursos judiciales diseñados por los Estados estén orientados hacia una reparación integral a las víctimas y perjudicados, que comprenda una indemnización económica y, el acceso a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y para buscar, por vías institucionales, la sanción justa de los responsables".

Es precisamente este uno de los objetivos del nuevo sistema penal acusatorio, el reconocimiento de una reparación integral a la víctima, pero referida no solo

a una indemnización por perjuicios sino también a saber la verdad sobre los hechos que ocasionaron el daño y la sanción proporcional para los que produjeron los mismos, pues la experiencia en muchos casos ha demostrado que por más dinero o bienes que se otorguen en pago indemnizatorio a una persona que ha sido víctima o perjudicado de un delito, nunca estará satisfecha hasta no saber la verdad de lo ocurrido y ver a los responsables condenados con una pena equivalente al daño causado, pues si es así, esta sentirá un verdadero descanso espiritual, y por otra lado, muy seguramente el hecho delictivo “no volverá a ocurrir”.

En 1948, tanto la Declaración Americana de Derechos del Hombre como la Declaración Universal de Derechos Humanos, marcan el inicio de una tendencia en el derecho internacional por desarrollar instrumentos que garanticen el derecho de todas las personas a una tutela judicial efectiva de sus derechos, a través de la cual no solo obtengan reparación por el daño sufrido, sino también se garanticen sus derechos a la verdad y a la justicia.

De lo anterior se podría deducir que tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia —no restringida exclusivamente a una reparación económica— fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello solo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

De tal manera que 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 principales:

- **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 es especialmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos. Se considera un derecho inalienable, ya que cada ser humano tiene derecho a conocer la verdad sobre los acontecimientos sucedidos, las circunstancias, quien o quienes fueron los responsables de tales hechos y los motivos que los llevaron a la perpetración del crimen o de los crímenes de los cuales ha sido víctima. Además, este derecho a la verdad es importante para evitar que los crímenes cometidos se repitan en un futuro. Por ello es responsabilidad del estado adoptar las medidas adecuadas para hacer efectivo este derecho, así, cuando las instituciones no operan correctamente, se debe dar prioridad, como primera medida, a los medios prioritario encaminados para que dichas entidades funcionen en pro de los resultados de las investigaciones que se adelanten. Se

deberá facilitar la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas, se debe informar a las víctimas de su papel y del alcance que tienen en el proceso, 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; 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; se debe prestar asistencia apropiada a las víctimas durante el proceso judicial.¹⁰⁶

- ***El derecho a que se haga justicia en el caso concreto***, es decir, el derecho a que no haya impunidad. Pues no existe reconciliación justa y duradera si no se satisface efectivamente la necesidad de justicia; el perdón, es sin duda, un factor importante de la reconciliación, pero requiere que la víctima o los perjudicados conozcan al autor del crimen del cual fue víctima y que este haya tenido la posibilidad de aceptar los hechos y manifestar su arrepentimiento. La impunidad se considera una infracción de la obligación que tiene el Estado de investigar el delito, hallar y condenar a los responsables con penas apropiadas y proporcionales, así como garantizar a las víctimas o perjudicados los recursos eficaces y la reparación del perjuicio sufrido, así como de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichos hechos criminosos. Teniendo en cuenta que la misión propia del Estado es condenar a los responsables de un delito, es deber del Estado proporcionar los recursos jurídicos para que las propias víctimas, puedan tomar esa iniciativa de reclamar los perjuicios o una reparación integral cuando las autoridades no cumplan su deber, constituyéndose en parte civil. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. “4.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”¹⁰⁷.
- ***El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica***, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito.¹⁰⁸ Pues toda obligación de un derecho, en especial si es humano, da lugar a un derecho de la víctima o sus perjudicados a obtener una reparación por parte del responsable. Tanto por vía penal como civil o administrativa, toda víctima debe tener la posibilidad de ejercer un recurso accesible, rápido y eficaz. Este ejercicio del derecho a obtener una reparación comprende el acceso, si es necesario, a los procedimientos internacionales aplicables, los cuales deben ser públicos. El derecho a la reparación debe abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, como la restitución, la indemnización, rehabilitación y las de satisfacción y garantías sobre la

¹⁰⁶ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

¹⁰⁷ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder

¹⁰⁸ C. Const., Sent. C-228, abr. 3/2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

no repetición. “5. Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, los 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 estos mecanismos.”¹⁰⁹ Además de deberán utilizar, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o propias del sistema, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

Existen mecanismos internacionales para promover y amparar la vigencia efectiva de los derechos humanos los cuales generalmente han tenido dos vías. Por un lado, el derecho internacional de los derechos humanos, desarrollado en tratados ratificados por Colombia como la Convención Interamericana o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha diseñado instrumentos para que las víctimas o los perjudicados por una violación de derechos humanos puedan formular directamente una queja ante una instancia internacional, como la Comisión Interamericana o el Comité de Derechos Humanos de la ONU, a fin de que el Estado sea condenado internacionalmente y sea obligado a amparar los derechos de esa víctima. Pero en esos casos, la instancia internacional no establece condenas individuales sino que únicamente dictamina sobre la responsabilidad del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Por otro lado, el derecho penal internacional ha establecido mecanismos e instancias para la sanción de los individuos que se han visto comprometidos en las más graves violaciones de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, cuando dichas personas no son debidamente investigadas y sancionadas por el Estado respectivo. Así, el derecho internacional ha desarrollado el principio de la jurisdicción universal, según el cual todos los Estados tienen interés en la sanción de las más graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, como el genocidio, la tortura, o la desaparición forzada, por lo cual esos comportamientos pueden ser juzgados y sancionados por cualquier Estado en nombre de la comunidad internacional¹¹⁰. El avance más reciente e importante en materia de derecho penal internacional es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.¹¹¹

Conforme a lo anterior, y a fin de lograr verdaderamente la vigencia de un orden justo (CP Preámbulo y art. 2º), los deberes del Estado de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario son mucho más intensos que sus obligaciones de investigar y sancionar los delitos en general, sin que ello signifique que estas últimas obligaciones sean de poca entidad. En ese mismo orden de ideas, los derechos de las víctimas y perjudicados por las violaciones a los derechos humanos o las infracciones graves al derecho internacional

¹⁰⁹ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder

¹¹⁰ Sobre el principio de jurisdicción universal, ver las sentencias C-1189 de 2000 y C-554 de 2001

¹¹¹ sentencia C-578 de 2002

humanitario tienen mayor trascendencia que los derechos de las víctimas de los delitos en general, sin que ello signifique que estos últimos derechos no tengan importancia. Y por ello la distinción entre, de un lado, los delitos en general y, de otro lado, las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Esto significa que la impunidad de las violaciones de derechos humanos es mucho más grave e inaceptable, no sólo por la intensidad de la afectación de la dignidad humana que dichos comportamientos implican, sino además porque la comunidad internacional, en virtud del principio de complementariedad, está comprometida en la sanción de esas conductas. Sobre este aspecto la Corte constitucional dijo:

“Si bien en todas las sociedades hay manifestaciones de violencia que quedan impunes, los pueblos han llegado gradualmente a un consenso para definir el grado de violencia cuya impunidad no puede ser tolerada porque ello destruiría las bases de la convivencia pacífica de seres igualmente dignos. Cuando se rebase dicho umbral, los autores de atrocidades contra los derechos humanos de sus congéneres, sin importar la nacionalidad de unos u otros, su poder o vulnerabilidad, ni su jerarquía o investidura, deben ser juzgados y sancionados penalmente como una concreción del deber de protección que tiene todo Estado. Cuando ese deber se viola, no por cualquier razón, sino por la circunstancia extrema y evidente de que un Estado no está dispuesto a cumplir ese deber o carece de la capacidad institucional para cumplirlo, la comunidad internacional decidió que las víctimas de esas atrocidades debían ser protegidas por vías institucionales y pacíficas de carácter judicial, mediante una Corte Penal Internacional.”¹¹²

3.1.2 Ayuda humanitaria a las víctimas: Existen instrumentos internacionales que hacen referencia a la protección de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y al derecho Internacional Humanitario, normas estas que son fuente de consulta y remisión de nuestro sistema penal interno, aplicables en los casos donde se vulneren derechos humanos. En cualquier momento de la actuación, cuando aparezcan demostrados los elementos objetivos de los tipos penales de lesiones en persona protegida, actos de terrorismo, destrucción y apropiación de bienes protegidos, destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario, destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y lugares de culto, deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, atentados a la subsistencia y devastación y terrorismo, el funcionario judicial ordenará a las autoridades correspondientes la protección inmediata de los derechos afectados y la ayuda económica necesaria y proporcional para el restablecimiento de los medios de subsistencia de éstos y que se vieron afectados con la conducta punible.

¹¹² Sentencia C-78 de 2002. MP Manuel José Cepeda Espinosa, Fundamento 4.3.2.1.2.

El agente del Ministerio Público velará por el inmediato y cabal cumplimiento de las medidas de protección ordenadas, para lo cual informará tanto al Procurador General de la Nación como al Defensor del Pueblo.

Como quiera que las víctimas de delitos y las víctimas del abuso de poder, y frecuentemente también sus familias, los testigos y otras personas que les prestan ayuda, están expuestos injustamente a pérdidas, daños o perjuicios, y que además pueden sufrir dificultades cuando comparezcan en el enjuiciamiento de los delincuentes, a las Naciones Unidas como ya lo vimos en el capítulo anterior, se le encomendó la misión de velar por su protección y por la elaboración de directrices y normas acerca del abuso del poder económico, político, la violación de los derechos de verdad justicia y reparación y por el adecuado reconocimiento de sus derechos.

3.1.3 *Las obligaciones internacionales del Estado y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación:* Las pautas mínimas necesarias para satisfacer las obligaciones de Colombia en los procesos de este nuevo modelo de justicia, se encuentran en los siguientes instrumentos y pronunciamientos de órganos nacionales e internacionales:

- Los Tratados y Convenciones de derechos humanos del orden regional, ratificados por Colombia, entre los que se encuentran la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura.
- Las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como por ejemplo las sentencias en los casos Velásquez Rodríguez, BÁMACA VELÁSQUEZ, Barrios Altos, Mirna Mach Chang y 19 comerciantes.
- Informes y Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En particular deben tenerse en cuenta los informes 01-93; 21-00; 25-98; 26-92; 28-92; 29-92; 34-96; 36-96; 01-99; 37-00.
- Derecho Penal Internacional. Es muy importante tener en cuenta el Estatuto de Roma que crea a la Corte Penal Internacional y la jurisprudencia de las Cortes Penales Internacionales sobre estas materias. A este respecto resulta relevante la jurisprudencia del Tribunal para la antigua Yugoslavia, en la cual se admite la reducción de pena a una persona juzgada por los más graves crímenes pero, exclusivamente, a cambio de una confesión completa y fidedigna, colaboración con la justicia y reparación a las víctimas. Es de anotar que la Corte Penal Internacional sólo tiene competencia para conocer de los crímenes de lesa humanidad y genocidio. La competencia para conocer de crímenes de guerra comenzará en el año 2009.

- Tratados y convenciones del sistema universal. Colombia debe prestar especial atención a las obligaciones contraídas al ratificar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- Catálogos de principios internacionales que tienden a la lucha contra la impunidad y a la protección de las víctimas de violaciones de derechos humanos aplicables en procesos de jurídicos y que han sido incorporados al *corpus iuris* del derecho internacional y del bloque de constitucionalidad mediante distintas decisiones judiciales nacionales e internacionales. Entre ellos: los *Principios Fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder*; el *Conjunto de principios para la protección y promoción de los Derechos Humanos, mediante la lucha contra la impunidad*; y los *Principios y directrices básicos sobre el Derecho de las víctimas de violaciones a las normas internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a interponer recursos y a obtener reparaciones*. En materia de reparaciones es importante mencionar los siguientes instrumentos: *el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*.
- Jurisprudencia nacional. A nivel nacional es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional estableció que las normas y principios antes mencionados hacen parte del bloque de constitucionalidad; con relación a este campo nos podemos remitir las sentencias C-282 de 2002, C-578 de 2002, C-004 de 2003 y T-249 de 2003, entre otras.

En materia de justicia el Estado tiene la obligación de perseguir, investigar, juzgar, sancionar y velar por la adecuada ejecución de la pena de las personas acusadas de cometer graves violaciones de los derechos humanos o infracciones del derecho internacional humanitario. En efecto, si bien el derecho nacional e internacional admiten amplias amnistías o indultos para quienes han cometido crímenes políticos o infracciones menores de DDHH y DIH, lo cierto es que para quienes han cometido u ordenado crímenes atroces deben existir procesos judiciales, investigaciones completas y sanciones adecuadas.¹¹³

Como lo ha reiterado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la obligación de investigar supone la existencia de una investigación adecuada e integral que, en un plazo razonable —es decir suficiente pero sin dilaciones—, logre reconstruir los fenómenos de criminalidad que se investigan y satisfacer los derechos de las víctimas, y de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido.

Con relación al derecho a la verdad, la Comisión y la Corte interamericana de Derechos Humanos han insistido en que este derecho de las víctimas sólo se satisface si existió una verdadera investigación, a partir de la cual sea posible conocer los responsables, las causas, las circunstancias de la comisión de los crímenes, y el destino de las personas desaparecidas y o el paradero de las personas fallecidas. Adicionalmente, el Comité de Derechos Humanos de la ONU,

¹¹³ Sentencia del caso de los 19 comerciantes vs. Colombia, Corte Interamericana de Derechos humanos.

la Comisión y la Corte Interamericana han concluido que la situación de angustia y zozobra de los familiares de las personas desaparecidas constituye un trato cruel, inhumano y degradante, violatorio de las disposiciones internacionales que consagran el derecho a la integridad personal.

Ahora bien, el derecho a la verdad también constituye un derecho colectivo, pues la sociedad en su conjunto tiene derecho colectivo a la verdad. que busca evitar que las violaciones se reproduzcan en el futuro. Este derecho tiene, como contrapartida, un "deber de la memoria" a cargo del Estado. Es decir, el estado debe garantizar que los hechos criminosos que se cometan en un sector de la población o a un miembro de este no se vuelvan a cometer, y para ello deben existir las sanciones proporcionales al daño causado, de tal manera que los autores sean aislados de ese grupo social por ofrecer peligro o riesgo contra los miembros de esa comunidad y por otro lado, que esta sanción o castigo sirva de escarmiento para que otros individuos con ese perfil o en potencia no cometan actos similares.

De tal manera que para satisfacer el derecho colectivo a la verdad es necesaria la adecuada custodia, conservación y administración de todos los documentos que reposen en los expedientes, y permitir a quienes quieran conocerlos su acceso para consulta e investigación.

Recordemos que la verdad también es una forma de reparar a las víctimas, tal como lo resaltó el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Miran Mack Chang. En el mismo sentido se ha pronunciado el COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, entre otros, en el Caso Quinteros Almerida vs. Uruguay.

En materia de reparaciones es importante tener en cuenta que las víctimas tienen derecho a la reparación integral. Este derecho genera mecanismos para que las víctimas puedan acceder a un recurso eficaz para garantizar la reparación integral de los perjuicios sufridos, a través de tres tipos de medidas: (1) la restitución de las cosas a su estado anterior; (2) la indemnización de los perjuicios materiales y morales, y (3) la adecuada readaptación de las víctimas, mediante atención psicológica y psiquiátrica. En el plano colectivo, por su parte, se deben adoptar medidas de reparación dirigidas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas. Adicionalmente, la reparación individual o colectiva puede ser simbólica. Ésta incluye el reconocimiento público y solemne que los culpables hacen de su responsabilidad, así como ceremonias conmemorativas, denominaciones de vías públicas, monumentos, y otras alternativas que permiten asumir el deber de la memoria.

El derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación sólo puede garantizarse si los responsables son sometidos a procedimientos judiciales completos e imparciales, que incluyan el conainterrogatorio de los acusados ante un tribunal de justicia y la plena participación de las víctimas y sus familiares en el proceso legal para garantizar que se conoce toda la verdad.

Luego de lo dicho anteriormente y en relación con todo el catálogo de derechos de las víctimas de los delitos en el ámbito nacional e internacional, podríamos pensar a manera de reflexión, cuales derechos podrían prevalecer en un proceso penal cuando los que corresponden a las víctimas van en contravía de los derechos del procesado, como es el caso de la presunción de inocencia o el non bis in idem, frente al derecho que tiene la víctima a la verdad y la justicia y la obligación a cargo del estado de garantizar dichos derechos. Pues bien, la corte constitucional se ha pronunciado en varias sentencias sobre estos conflictos de derechos, de las cuales podemos citar algunas: SU-1184 de 2001, C-282 de 2002, la C-004 de 2003, entre otras.

Como es obvio, a esos derechos de las víctimas corresponden ciertas obligaciones del Estado, pues si las víctimas tienen derecho no sólo a ser reparadas sino además a saber qué ocurrió y a que se haga justicia, entonces el Estado tiene el deber correlativo de investigar seriamente los hechos punibles.

Esta obligación estatal es tanto más intensa cuanto más daño social haya ocasionado el hecho punible. Y por ello ese deber estatal adquiere particular fuerza en los casos de violaciones de derechos humanos. Por ello, la Corte Interamericana ha señalado, que las personas afectadas por conductas lesivas de los derechos humanos tienen derecho a que el Estado investigue esos hechos, sancione a los responsables y restablezca, en lo posible, a las víctimas en sus derechos. Según este tribunal de rango internacional, si el aparato del Estado actúa de modo que una conducta lesiva de los derechos humanos "**quede impune o no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción**" (negrillas agregadas al texto)¹¹⁴. Concluye entonces la Corte Interamericana con un concepto acorde con nuestra constitución colombiana así:

*"En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o de comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado"*¹¹⁵

¹¹⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia del 29 de julio de 1988, Fundamento 176.

¹¹⁵*Ibidem*, Fundamento 177.

“El deber investigativo del Estado de los hechos punibles y los derechos constitucionales de las víctimas, que se encuentra íntimamente ligado al deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo (CP Preámbulo y art.2º), no son tampoco absolutos, y por ello no pueden ser invocados para arrasar con la seguridad jurídica y los derechos del procesado, que son también principios de rango constitucional (CP art. 29). Corresponde entonces primariamente al Legislador, en desarrollo de su libertad de configuración en materia penal (CP arts 29 y 150), ponderar esos derechos y valores en conflicto, y tomar decisiones políticas que intenten armonizarlos, tanto como sea posible. Y en esa búsqueda de armonización, el Legislador cuenta con una cierta libertad. En ocasiones, las mayorías políticas del Congreso pueden optar por privilegiar los derechos de las víctimas y la búsqueda de un orden justo, incluso a riesgo de limitar la seguridad jurídica y ciertos derechos de los procesados. En otras ocasiones, por el contrario, puede la ley privilegiar los derechos del procesado y la seguridad jurídica, incluso a riesgo de limitar ciertos derechos de las víctimas y la búsqueda de la justicia.”¹¹⁶

“Pero como es obvio, esas decisiones legislativas están sujetas a un control constitucional, pues corresponde a esta Corte examinar si esa ponderación adelantada por el Legislador, al expedir las normas penales, es proporcionada y respeta el contenido esencial tanto de los derechos de las víctimas como de los derechos del procesado. Además, la Corte destaca que la discrecionalidad legislativa en esta materia es bastante limitada, pues el derecho penal es un área fuertemente constitucionalizada, tal y como esta Corporación lo ha destacado en ocasiones anteriores”¹¹⁷.

*“El examen precedente permite concluir que, dentro de ciertos límites, (i) la ley podría relativizar el non bis in ídem, a fin de favorecer los derechos de las víctimas. Pero que igualmente (ii) podría el Legislador optar por reforzar la garantía del non bis in ídem, incluso si dicha decisión implica una relativización de los derechos de las víctimas. Es más, un examen de derecho comparado muestra que ciertos países como Estados Unidos optan por el segundo modelo y tienden a consagra en forma casi absoluta la prohibición de doble enjuiciamiento, mientras que otros ordenamientos jurídicos, han relativizado esa garantía del procesado, a fin de favorecer otros bienes y derechos constitucionales. Por ejemplo, en Alemania, la jurisdicción encargada de decidir una acción de revisión puede agravar la pena si la acción fue presentada por el ministerio público”.*¹¹⁸

Instrumentos Internacionales para la lucha contra la impunidad como elemento en contravía, frente al derecho a la verdad y la justicia¹¹⁹: haciendo remembranza sobre el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad.

¹¹⁶ Sentencia C-04 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

¹¹⁷ Ver, entre otras, la sentencia C-038 de 1995

¹¹⁸ Sentencia C-04 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

¹¹⁹ Tomado de los textos de la Compilación de Instrumentos Internacionales de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Consciente de que es posible que vuelvan a repetirse esos actos y reafirmando el compromiso adoptado por los Estados Miembros en el Artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas de tomar medidas conjuntas o separadamente, concediendo toda la importancia que merece el fomento de una cooperación internacional eficaz para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55 de la Carta, relativo al respeto universal y efectivo a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos.

Considerando que el deber que, según el derecho internacional, tiene todo Estado de respetar y hacer respetar los derechos humanos, exige que se adopten medidas eficaces para luchar contra la impunidad.

Haciendo énfasis en la recomendación que figura en el párrafo 91 de la parte II de la Declaración Universal de Derechos humanos y el Programa de Acción de Viena, en la que la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (junio de 1993) manifestó su preocupación por la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos.

Es necesario en consecuencia la adopción de medidas nacionales e internacionales, para que, en interés de las víctimas de violaciones de los derechos humanos, se asegure conjuntamente el respeto efectivo del derecho a saber que entraña el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a obtener reparación, sin los cuales no puede haber recurso eficaz contra las consecuencias nefastas de la impunidad.

3.3 BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El Acto Legislativo 03 de 2002 modificó la Constitución Política para introducir el sistema penal acusatorio. En desarrollo de ella, el Congreso de la República expidió la Ley 890 de 2004, que modificó el Código Penal, y la Ley 906 de 2004, por medio de la cual se expidió el Nuevo Código de Procedimiento Penal. De esta manera se inició en nuestro país el proceso de adecuación normativa con miras a la implantación de ese nuevo sistema procesal penal.

En este nuevo sistema de justicia penal es de vital importancia el papel que cumplen los magistrados y jueces penales colombianos, como quiera que son el punto de equilibrio de la disputa litigiosa entre fiscal y defensor, y sobre todo en lo que tiene que ver con las demandas de justicia de la víctima, ya que cobra mayor importancia en el proceso penal frente al sistema anterior.

El nuevo estatuto procesal penal establece explícitamente que los operadores jurídicos deben, al interpretar sus disposiciones, tomar en cuenta como parámetro normativo el bloque de constitucionalidad. Este concepto ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional, no sólo colombiana sino comparada, y tiene una gran importancia, no sólo teórica sino

también práctica. En efecto, esta figura jurídica cumple una función importante en el proceso penal, en la medida en que permite incorporar los estándares normativos del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento interno colombiano. Así, en numerosas sentencias, la Corte Constitucional ha recurrido a ese concepto como fundamento normativo para tomar determinaciones tan importantes en materia penal, como las relativas a los derechos de las víctimas de los delitos.¹²⁰

El bloque de constitucionalidad no sólo permite sino que incluso obliga a interpretar los alcances del nuevo procedimiento penal a partir de las garantías fundamentales previstas no sólo en la Constitución sino también en muchos tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, con lo cual no sólo constitucionaliza el procedimiento penal sino que obliga a analizarlo desde una perspectiva de derechos humanos.

3.3.1 *El concepto de Bloque de Constitucionalidad*¹²¹: Este concepto hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional. Significa que una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita. Por ejemplo, en Estados Unidos es claro que las mujeres gozan del derecho constitucional a abortar, tal y como lo señaló la Corte Suprema de ese país en la sentencia *Roe v Wade* de 1973. Igualmente, en Francia, es indiscutible que los derechos de sindicalización y de huelga tienen rango constitucional, tal y como lo determinó el Consejo Constitucional de ese país en varias decisiones. Sin embargo, si alguien leyera la totalidad de las constituciones de Estados Unidos o de Francia de 1958, en ninguna parte de esos textos encontraría una mención expresa a esos derechos, que tienen sin embargo empero rango constitucional.

Este contexto normativo se explica porque las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales suelen hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios, que sin estar en la constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia constitución establece que esas otras normas tienen un valor constitucional. Los casos más evidentes son aquellos ordenamientos en donde la constitución expresamente señala que, por ejemplo, ciertos tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, tal y como lo hacen varias constituciones de Latinoamérica. En otros casos, la referencia puede ser más compleja, como la llamada cláusula de los derechos innominados o no enumerados de la novena enmienda de la Constitución de Estados Unidos, según la cual, el reconocimiento de ciertos derechos en la constitución y en la

¹²⁰ Rodrigo Uprimny Yepes

¹²¹ Rodrigo Uprimny Yepes

carta de derechos no puede ser interpretado como una negación de aquellos que el pueblo se ha reservado.

De los anteriores ejemplos se puede deducir que en muchos ordenamientos jurídicos existen derechos o principios que no se encuentran directamente en el texto constitucional, pero que, por expreso mandato constitucional, tienen rango constitucional. El bloque de constitucionalidad es entonces un intento por sistematizar jurídicamente ese fenómeno, según el cual las normas materialmente constitucionales -esto es, con fuerza constitucional- son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales -esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional -. Por ende, el bloque de constitucionalidad es compatible con la idea de constitución escrita y con la supremacía de la misma por cuanto es por mandato de la propia constitución que normas que no hacen parte de su articulado comparten empero su misma fuerza normativa, puesto que la propia Carta, como fuente suprema del ordenamiento, así lo ha ordenado.

La existencia del bloque de constitucionalidad adquiere entonces una gran importancia para todos los operadores jurídicos en aquellos ordenamientos, como el colombiano, en donde la Constitución tiene fuerza normativa. En efecto, esta noción amplía los términos del debate constitucional, pues significa que los mandatos constitucionales que se deben tener en cuenta para resolver una controversia judicial no son exclusivamente los artículos de la constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener también relevancia para decidir esos asuntos. Esto es importante no solo en los casos propiamente constitucionales (como las acciones de tutela) sino también en los juicios ordinarios, ya que los jueces tienen el deber de tomar en cuenta la Constitución también cuando resuelven asuntos penales, civiles o laborales, por cuanto, como lo dice el artículo 4º superior, la Constitución es norma de normas y prevalece sobre cualquier otra disposición que le sea contraria, debido a lo anterior, el bloque de constitucionalidad tiene ciertas ventajas y potencialidades democráticas, ya que permite que la constitución sea más dinámica y se adapte a los cambios históricos, en la medida en que faculta a los jueces constitucionales a tomar en cuenta importantes principios y derechos, que pueden no estar incluidos directamente en el texto constitucional, pero que, en el curso del tiempo, pueden llegar a adquirir una enorme importancia.

El bloque de constitucionalidad favorece la adaptación histórica de las constituciones a nuevas realidades sociales y políticas, y en esa medida mantiene el dinamismo de los textos constitucionales, que se convierten entonces en "documentos vivientes", como han dicho algunos jueces y doctrinantes estadounidenses (Marshall 1997, Brennan 1997). Esto es importante no sólo para el propio juez constitucional, que encuentra en esa categoría un instrumento dinámico para el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, sino también para el abogado litigante y para el ciudadano en general, que pueden usar las normas incorporadas en el bloque de constitucionalidad como argumentos sólidos en la lucha por el reconocimiento de nuevos derechos.

3.3.2 Normas Integrantes del Bloque: Conforme a la jurisprudencia de la Corte constitucional, todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, aunque con algunas diferencias sutiles, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Incluso en cierto sentido, no sólo los tratados sino la interpretación que de los tratados hagan las instancias internacionales de protección, como la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana o los órganos de control de la O.I.T, tienen una cierta fuerza constitucional. Aunque en este punto, la Corte Constitucional ha sido un poco ambigua, en general ha reconocido que la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos es una doctrina particularmente importante y relevante cuando se va a interpretar la Constitución, toda vez que, si los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados, deben ser interpretados de conformidad con la interpretación que de los tratados hacen los órganos autorizados a nivel internacional, que en el sistema interamericano serían la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana. Así, expresamente la sentencia C-010 de 2000 señaló al respecto:

“La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales” .

Las normas que integran el bloque de constitucionalidad, tanto en sentido estricto como en sentido lato, según la jurisprudencia de la Corte, hacen parte del bloque en sentido estricto (i) el Preámbulo, (ii) el articulado constitucional, (iii) los tratados de límites ratificados por Colombia, (iv) los tratados de derecho humanitario, (v) los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, (vi) los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta , y (vi), en cierta medida, la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales, al menos como criterio relevante de interpretación. Esta lista genérica incluye específicamente los convenios de la OIT y la doctrina elaborada por los órganos de control de esa organización internacional. Y de otro lado, para integrar el bloque en sentido lato, habría que agregar a las anteriores pautas normativas (i) las leyes estatutarias y (ii) las leyes orgánicas, en lo pertinente, teniendo en cuenta que algunas sentencias de la Corte excluyen algunas leyes estatutarias de su integración al bloque de constitucionalidad en sentido lato.

La anterior sistematización doctrinara permite entonces un uso al mismo tiempo sencillo y dinámico de la figura del bloque de constitucionalidad, tanto a nivel general como en el campo específico del procedimiento penal, y es precisamente en este campo, en el que aquella adquiere mucha importancia ante las expresas referencias contenidas en múltiples disposiciones de la Ley 906 de 2004. Así ocurre, por ejemplo, con el artículo 3º, que incorpora como principio rector y garantía procesal la prelación de los tratados internacionales que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción por formar parte del bloque de constitucionalidad; con el artículo 124, que dispone que la defensa podrá ejercer todos los derechos y facultades que los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, la Constitución Política y la ley reconocen a favor del imputado; con el artículo 181, que consagra, como causal del recurso extraordinario de casación, la falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso; el artículo 241, que dispone que el análisis e infiltración de organizaciones criminales se ajustará a los presupuestos y limitaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por Colombia y el artículo 276, que dispone que la legalidad de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas depende de que se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes.

3.3.3 ***Eficacia específica del bloque de constitucionalidad en relación con el nuevo proceso penal***¹²²: Uso general del bloque de constitucionalidad en relación con la interpretación del Nuevo Código de Procedimiento Penal:

Para que el bloque de constitucionalidad tenga realmente eficacia normativa, es necesario que el juez penal, ya sea que se desempeñe como juez de garantías, ya sea que presida el juicio oral, tenga en cuenta las normas que integran dicho bloque de constitucionalidad para determinar el alcance de las garantías en el proceso penal, para que de esa manera pueda proteger adecuadamente los derechos fundamentales en el proceso penal, que es una de sus funciones esenciales. Ahora bien, para realizar adecuadamente esa labor, el funcionario judicial debe tener en cuenta al menos los siguientes aspectos:

- Debe tener claro cuáles son las normas constitucionales y de derechos humanos convencionales más importantes en relación con el proceso penal:

El proceso penal está destinado a esclarecer delitos y a eventualmente imponer sanciones a los responsables de esos ilícitos, que suelen ocasionar

¹²² Rodrigo Uprimny Yepes

daños importantes no sólo a la sociedad en general sino también, y tal vez especialmente, a víctimas específicas. En dicho proceso, en ocasiones, las personas son privadas de la libertad, como medida preventiva para asegurar la eficacia del delito, y las autoridades policiales e investigadoras pueden verse obligadas a restringir otros derechos, como la intimidad, para obtener medios de prueba. Además, una de las penas usuales a que recurre el derecho penal es la privación de la libertad, y por ello, las garantías procesales adquieren su mayor expresión en este campo. El proceso penal pone entonces en juego esencialmente varios tipos de derechos:

- La libertad personal y sus garantías específicas, pues ese derecho puede verse afectado en la investigación penal y en el proceso penal;
- El debido proceso, pues éste debe ser garantizado;
- La protección judicial de otros derechos, como la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, y
- Los derechos de las víctimas.

Y por ello, es claro que las normas y principios más relevantes en este campo tienen que ver con la garantía judicial de la libertad, el debido proceso penal, la garantía judicial de otros derechos como la intimidad, y el reconocimiento de los derechos de las víctimas.

Conforme a lo anterior, son de especial importancia, a nivel constitucional, los artículos 15, 28 a 33, y 250 a 253 de la Carta. Pero de igual importancia, son las normas internacionales de derechos humanos relativas a la garantía de la libertad, al debido proceso y los derechos de las víctimas. Entre ellas, las más relevantes, pero no las únicas, son las siguientes:

Por una parte, la protección de la libertad personal se encuentra específica y detalladamente regulada en el artículo 9 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en el artículo 7 de la Convención Interamericana (CI), que son ambos tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Esas normas son semejantes, pero imprescindibles, en especial para el juez de garantías, puesto que establecen las condiciones en las cuales una persona puede ser transitoriamente privada de la libertad.

Por su parte, el debido proceso penal se encuentra regulado especialmente en los artículos 14 del PIDCP y el 8 de la CA, que son normas esenciales pues desarrollan garantías del debido proceso, en ciertos aspectos con mayor claridad que la Constitución.

En tercer término, encontramos en esos mismos pactos, las disposiciones que protegen la intimidad y la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones (Art 11 de la CA y art. 17 del PIDCP).

Por último, encontramos algunas disposiciones en tratados relativas a derechos de las víctimas de abusos de poder, entre las cuales se encuentra especialmente el Estatuto de la Corte Penal Internacional y el derecho de toda persona a contar con un recurso sencillo que lo ampare contra las violaciones a sus derechos humanos (Art. 25 CA y art. 2 del PIDCP).

Claro está que estas normas no son las únicas disposiciones de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que son relevantes para el proceso penal, pues existen otros tratados ratificados por Colombia que pueden ser importantes, como la Convención contra la tortura, el Convenio 169 sobre pueblos indígenas, o los protocolos de derechos internacional humanitario. Sin embargo, las anteriores disposiciones son tal vez las normas convencionales, esto es, contenidas en tratados, más importantes para el proceso penal, y por ello son de conocimiento necesario por parte de los jueces penales, en la medida en que permiten concretar muchas veces algunas garantías contenidas en la Constitución.

- Debe tener claro cómo optar entre disposiciones que puedan tener tensiones o contradicciones en este aspecto;

¿Qué sucede cuando existen discrepancias o contradicciones entre normas relativas al proceso penal que hacen parte del bloque de constitucionalidad? La respuesta a este interrogante es clara: los convenios de derechos humanos suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, o principio pro homine (O'Donnell, 2001, p 63), según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado. La Corte Constitucional, en varias sentencias, ha reconocido el carácter vinculante en el ordenamiento colombiano de esta regla hermenéutica, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. En ese contexto, debemos concluir que el bloque de constitucionalidad constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y que, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos. Y como es obvio, para ese ejercicio, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de las instancias internacionales, que constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados, tal y como la Corte Constitucional lo ha señalado. Esto nos remite al valor y a la importancia que en este tema toman la doctrina y la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos.

- Debe saber usar la doctrina y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el campo penal:

Las normas contenidas en los tratados de derechos humanos ya son en sí mismas importantes. Pero en ciertos casos, pueden ser mucho más importantes las interpretaciones que de las mismas han hecho ciertos doctrinantes y en especial las instancias internacionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana o el Comité de Derechos Humanos del PIDCP. Y la razón es la siguiente: en ocasiones, el lenguaje mismo de los convenios de derechos humanos es abierto. Así, varias de esas normas protegen a las

personas contra injerencias “arbitrarias” en su intimidad. Sin embargo, ¿qué significa que una injerencia sea arbitraria? Para responder a ese interrogante, es muy útil tener en cuenta la jurisprudencia desarrollada por estos órganos, que ha ido definiendo poco a poco, a través de decisiones de casos individuales, o por medio de comentarios generales a los pactos de derechos humanos, el alcance de esos conceptos abiertos.

Con todo, podría objetarse que en el ordenamiento interno colombiano, la jurisprudencia internacional, como la desarrollada por la Corte Interamericana o el Comité del PIDCP no tiene ningún valor, porque no es formalmente fuente de derecho. Y que menos aún tiene valor la jurisprudencia de otros sistemas de derechos humanos, a los cuales Colombia no se encuentra sometida, como la desarrollada por la Corte Europea de Derechos Humanos.

Sin embargo, esas discusiones no son válidas, por las siguientes razones:

De un lado, Colombia se ha comprometido a respetar los tratados de derechos humanos, y por ello, en función del principio *Pacta Sunt Servanda*, todos los funcionarios del Estado, incluyendo a los jueces, deben esforzarse por aplicar esos tratados.

De otro lado, es la propia Carta la que remite a esa doctrina y jurisprudencia en el artículo 93-2, cuando señala que los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, puesto que esa norma hace relevante constitucional la “interpretación doctrinaria” de esos tratados adelantada por las instancias internacionales de protección de derechos humanos, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional en varias sentencias.

Finalmente, incluso la jurisprudencia de otros sistemas de derechos humanos es relevante, por cuanto el propio sistema de fuentes del derecho internacional así lo indica. En efecto, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que es la norma de referencia en materia de sistema de fuentes del derecho internacional público, indica que son fuentes no sólo (i) los tratados y (ii) la costumbre sino también (iii) los principios generales de derecho admitidos por las naciones civilizadas y (iv) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas más autorizados de las distintas naciones. En esa medida, las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos son relevantes por la similitud de contenidos en materia de derechos humanos entre la Convención Europea y el PIDCP y la CA, por lo que la jurisprudencia europea puede ser considerada como doctrina autorizada para interpretar el alcance de las cláusulas de la CA y del PIDCP.

- Debe además tener claro el valor que pueden tener ciertos documentos internacionales de derechos humanos, que no son tratados ni jurisprudencia, pero pueden ser relevantes, como es el caso de ciertas declaraciones aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas, como la **“Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”**, que fue adoptada

por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, entre otras.

Existen finalmente otros documentos internacionales que no sólo pueden ser relevantes para interpretar el alcance de las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad sino que incluso pueden llegar a ser considerados parte del bloque mismo. Se trata de declaraciones o principios elaborados por importantes doctrinantes, o por cuerpos especializados, y que adquieren un valor jurídico importante, debido a que son adoptados por órganos internacionales, como la Asamblea General de Naciones Unidas, o al reconocimiento mismo que van ganando, en la medida en que son considerados expresiones de derecho internacional consuetudinario o doctrina autorizada. Algunos ejemplos, entre muchos otros, son los “ Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura”, la “ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, las “ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“ Reglas de Beijing ”)”, o los llamados “Principios de Joinet” sobre impunidad y derechos de las víctimas.

En sentido estricto, ninguno de esos documentos hace parte directamente del bloque de constitucionalidad pues no son tratados de derechos humanos ni adquieren fuerza jurídica automática por el sólo hecho de haber sido aprobados por la Asamblea General de la ONU. Por ello sería un error invocarlos como si fueran en sí mismos un tratado o por sí mismos un texto vinculante, porque no lo son. Sin embargo, no se trata de documentos irrelevantes para la valoración e interpretación de las normas del procedimiento penal colombiano, por cuanto algunos de esos documentos pueden adquirir un notable valor doctrinario, o ser considerados expresiones y codificaciones del derecho consuetudinario, o adquirir valor jurisprudencial por su uso por tribunales nacionales e internacionales. Así, las Reglas de Beijing fueron explícitamente usadas por la Corte Interamericana en el caso de los llamados “ niños de la calle ”, mientras que los principios de Joinet sobre impunidad son no sólo considerados la doctrina más autorizada sobre el tema sino que, además, han sido reiteradamente invocados por distintos tribunales, incluyendo la Corte Constitucional. Por consiguiente, esos textos, aunque no hacen parte mecánicamente del bloque de constitucionalidad, pueden ser utilizados, con las debidas precauciones, para interpretar el alcance de las garantías en el proceso penal.

3.3.4 Aplicación práctica del bloque de constitucionalidad en asuntos procesales penales por la Corte Constitucional, relacionados con la protección a las víctimas: Con relación a la doctrina sobre el alcance de los derechos de las víctimas, hubo una modificación profunda de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en cierta medida, se dio a raíz de la variación de la doctrina internacional sobre el tema, lo cual muestra la importancia del bloque de constitucionalidad como figura que mantiene viva una Constitución.

Así, aproximadamente hasta el año 2000, la Corte estuvo muy dividida sobre ese punto, pero aún así, de manera reiterada sostuvo la tesis tradicional de que en los procesos penales las víctimas tenían una pretensión eminentemente patrimonial.

Es cierto que existían algunas sentencias aisladas que señalaban que los derechos de las víctimas desbordaban esa pretensión indemnizatoria, pero la tendencia fue aceptar que en el proceso penal, la participación de las víctimas buscaba esencialmente una reparación patrimonial. A partir del año 2001, la Corte Constitucional tomó nota de la variación que a nivel internacional se había dado sobre los derechos de las víctimas, en especial y a manera de ejemplo, en la sentencia de la Corte Interamericana en el caso de Barrios Altos del Perú, en donde esa corporación internacional concluyó que la amnistía que se había dado era contraria a la Convención, a pesar de que Perú se había comprometido a reparar a las víctimas. La Corte Interamericana llegó a esta conclusión al considerar que no se garantizaban los derechos a la verdad y a la justicia. A partir de esta evolución de la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el tema, la Corte Constitucional varía radicalmente su jurisprudencia sobre los derechos de las víctimas, y reconoce que en los procesos penales el derecho de participación de las víctimas no tiene un interés puramente reparatorio o material, sino que corresponde al derecho a un resarcimiento más integral, que incluye el derecho a la verdad y el derecho a la justicia.

En el sistema procesal vigente, todavía en una gran parte del país, son tantas las implicaciones de esta doctrina que por ejemplo, si se dice que la víctima solo tiene un interés reparatorio, podría ser excluida de la investigación previa de un proceso penal, por cuanto en la investigación previa todavía no hay sindicado, y si es así, ¿contra quién podría la víctima dirigir la pretensión de reparación?, en ese caso no habría sujeto pasivo de esa pretensión de reparación, por lo cual, podría el funcionario, razonablemente, excluir a las víctimas de la participación en la investigación previa de un proceso penal, si éstas únicamente tuvieran un interés reparatorio, y, precisamente esa exclusión fue declarada constitucional por la Corte en la sentencia C-293 de 1995. Posteriormente, la Corte varía su jurisprudencia y establece que la víctima no tiene sólo un interés patrimonial, sino que tiene unos derechos más amplios que incluyen el derecho a la verdad y a la justicia, y bajo esta tesis ya la víctima o el perjudicado no pueden ser excluidos de la investigación previa, por cuanto tienen derecho a la verdad y a la justicia, y uno de los momentos esenciales para determinar la verdad de lo que ocurrió y para formular pretensiones adecuadas de justicia, es precisamente la investigación previa.

Otra situación que se daría en caso de que las víctimas únicamente tuvieran una pretensión puramente reparatoria es que éstas no podrían apelar el fallo, por ejemplo una sentencia condenatoria, por considerar que la pena es muy baja. Supongamos que condenan a alguien por una masacre a tres meses de prisión; si la víctima tiene una pretensión puramente reparatoria, no podría impugnar esa decisión, porque no estaría legitimada para hacerlo ya que la

declaración de responsabilidad es suficiente para demandar la indemnización de perjuicios materiales. En cambio, si los derechos de las víctimas incluyen el derecho a la justicia, es claro que la víctima o el perjudicado podrían apelar ese tipo de decisiones, por considerar que la sanción no es proporcionada.

La importancia del nuevo sistema penal, no solo es la función investigativa y el juicio oral, como formas de acelerar y garantizar una justicia mas pronta y cumplida, además, es ver que un ordenamiento de carácter internacional, que ha cobrado importancia desde 1991, en la aplicación y solución a tantos problemas que ha demostrado que sin necesidad de legislar, su complementación en la vida jurídica nacional, está cambiando muchas costumbres y muchas maneras de resolver los problemas que se presentan en dicho ambiente. Este ordenamiento es lo que se ha llamado bloque de constitucionalidad, donde los tratados internacionales en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario se extiende para hacer aplicados en nuestro orden jurídico interno, manteniendo una dinámica constitucional y tomando una mayor importancia y aplicabilidad más exigente en el nuevo régimen penal que rige hoy día en los departamentos del Eje Cafetero y en el Distrito Capital de Bogotá y que en un proceso gradual que va hasta el año 2008, cubrirá el resto del país.

Con fundamento en los artículos 93 y 94 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha desarrollado la doctrina del bloque de constitucionalidad sirviendo como fundamento para la ratificación o no de los tratados internacionales, siempre que versen sobre derechos humanos, y no permitan su limitación en los estados de excepción, se entienden incorporados en la Constitución, como bien lo expresa el artículo 93 antes mencionado. Entre estos derechos que se incorporan a la constitución, se encuentran el de ser juzgado por un juez o tribunal imparcial y las garantías a favor de las víctimas de los delitos que atentan contra los derechos humanos. De lo anterior se desprende que estos mandatos, el de un juez imparcial y los derechos de las víctimas de los delitos, están integrados en la Constitución y es para todos los efectos una norma constitucional de estricto cumplimiento.

Las normas que contemplan los tratados internacionales y que obligan a los Estados a proveer los reglamentos y recursos necesarios para la protección de las personas que han sido testigos y víctimas de violaciones a los derechos fundamentales, así como a la reparación de los daños causados y el derecho que les asiste a una pronta y acertada justicia; y no solo esta exigencia es para los jueces sino también a fiscales y servidores del sistema judicial. Pues sobre lo anterior el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que cualquier autoridad habilitada por las leyes locales para ejercer funciones judiciales “ha de reunir condiciones que constituyan otras tantas garantías” tanto para el imputado como para la víctima, actuando con una verdadera imparcialidad en la investigación y en sus decisiones

Además, cabe recordar, que el nuevo diseño no corresponde a un típico proceso *adversarial* entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende

demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia; ya que, por una parte, el juez no es un mero árbitro del proceso; y por otra, intervienen activamente en el curso del mismo el Ministerio Público y la víctima. Cabe recordar, que en desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Como puede observarse, si existe un marco jurídico que conduzca a la impunidad o al fracaso de los derechos mínimos de verdad y reparación, dará lugar al incumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano y, por lo tanto, a que la Corte Constitucional, o cualquier juez de la república aplicando el *Bloque de constitucionalidad*, los órganos del sistema regional de protección de derechos humanos o, incluso, la Corte Penal Internacional, pidan en extradición a los responsables u ordenen anular las sentencias y reabrir los procesos para buscar la verdad de lo ocurrido, la reparación a las víctimas y la aplicación de sanciones proporcionadas al daño producido. Lo anterior se puede reflejar en el marco de la reciente ley de Justicia y paz (ley 975 de 2005).

De ahí que es importante recordar que en el momento de definir el alcance de los derechos de las víctimas, la Corte deberá tener en cuenta los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad así como la doctrina de sus intérpretes autorizados.

Es así como el estado Colombiano, gracias al bloque de constitucionalidad puede acudir a los casos jurisprudenciales de orden internacional para ser aplicados a casos concretos en nuestro estado Colombiano, A este respecto resulta relevante la jurisprudencia del Tribunal para la antigua Yugoslavia, en la cual se admite la reducción de pena a una persona juzgada por los mas graves crímenes pero, exclusivamente, a cambio de una confesión completa y fidedigna, colaboración con la justicia y reparación a las víctimas. Es importante señalar que la Corte Penal Internacional sólo tiene competencia para conocer de los crímenes de lesa humanidad y genocidio. La competencia para conocer de crímenes de guerra comenzará en el año 2009.

Con relación a los Tratados y Convenciones del sistema universal, en particular, Colombia debe atender a las obligaciones contraídas al ratificar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Así mismo, el Estado Colombiano debe respetar y dar cumplimiento a los catálogos de principios internacionales que tienden a la lucha contra la

impunidad y a la protección de las víctimas de violaciones de derechos humanos aplicables en procesos de justicia y que han sido incorporados al *corpus iuris* del derecho internacional y del bloque de constitucionalidad mediante distintas decisiones judiciales nacionales e internacionales. Entre ellos: los *Principios Fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder*; el *Conjunto de principios para la protección y promoción de los Derechos Humanos, mediante la lucha contra la impunidad*; y los *Principios y directrices básicos sobre el Derecho de las víctimas de violaciones a las normas internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a interponer recursos y a obtener reparaciones*.

La Jurisprudencia nacional, a este nivel, es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional estableció que las normas y principios antes mencionados hacen parte del bloque de constitucionalidad; a este respecto se pueden consultar las sentencias C-282 de 2002, C-578 de 2002, C-004 de 2003 y T-249 de 2003, entre otras. De lo anterior podemos inferir que el desconocimiento de estas normas adscritas al bloque de constitucionalidad, no sólo equivale a desconocer parámetros de justicia universal, sino que pone en tela de juicio cualquier resultado que se produzca.

La reparación de la víctima es pues la manifestación del deber general de protección del Estado social de derecho que se encuentra consagrado en el artículo 2º de la norma superior, pero además de eso, se constituye uno de los más importantes elementos de una política criminal que tienda a la menor represión ya (sic) la posibilidad de lograr la culminación de investigaciones con el menor desgaste para la administración de justicia".¹²³

Como lo ha reiterado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la obligación de investigar supone la existencia de una investigación adecuada e integral que, en un plazo razonable —es decir suficiente pero sin dilaciones—, logre reconstruir los fenómenos de criminalidad que se investigan y satisfacer los derechos de las víctimas, y de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido.

De manera que las víctimas y los perjudicados adquieren con el nuevo sistema penal el status de protagonistas activos, acorde con los principios de protección y promoción de los derechos humanos y de la lucha contra la impunidad".¹²⁴

Todo Estado tiene el deber de tratar a las víctimas con compasión y con respeto por su dignidad y por sus derechos. La obligación convencional de respetar y garantizar los derechos humanos -estipulada en el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumentos aprobados por Colombia, respectivamente, por las Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972- no puede considerarse cumplida cuando las autoridades nacionales adoptan normas de derecho interno cuya aplicación puede abrir el paso a la impunidad.

¹²³ RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. El juicio oral. Ediciones Doctrina y Ley. 2004, pág. 485.

¹²⁴ Proyecto de Ley Estatutaria 1/2003 Cámara. Exposición de Motivos, Gaceta del Congreso N° 339, jul. 23/2003; pág. 61

En buena hora, existe la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que se encarga además del amplio compromiso de velar por el cumplimiento de los Derechos Humanos, de asesorar a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y de crímenes de guerra en cualquier tema relativo a la promoción y protección de sus derechos.

Ahora bien, los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación deben reconocerse en todos los procesos en que existan víctimas o perjudicados con la comisión de una conducta punible. Desde luego, el alcance de esos derechos será diferente según se trate de delitos de mayor o menor gravedad, como lo ha advertido la Corte en los citados pronunciamientos. No obstante, independientemente de que el alcance de esos derechos se matice de acuerdo con la gravedad del comportamiento, de todas maneras, deben reconocerse. Por ejemplo, cuando nos referimos incluso a delitos contra el orden económico y social, como el de usura, pues en estos eventos, si bien el titular del bien jurídico orden económico y social es el Estado, es perfectamente posible que concurren personas perjudicadas con la infracción. Pues, a esta escala también se deberá aplicar las normas que componen el bloque de constitucionalidad.

Así ocurre, por ejemplo, con las personas que, en razón de las difíciles situaciones económicas en que se hallan, se ven forzadas a adquirir préstamos de dinero y a pagar tasas de intereses superiores a las legalmente permitidas.

Estas personas tienen legitimidad para concurrir al proceso que se adelante, a instancias suyas, por el delito de usura. Además, si lo tienen a bien, pueden constituirse en parte civil. De hacerlo, tienen derecho a que sus legítimas expectativas sean tenidas en cuenta y a que sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación se reconozcan. Y para ello es necesario que la actuación se cumpla con estricto respecto de las garantías sustanciales y procesales¹²⁵.

¹²⁵ Sentencia T-114/04, JAIME CORDOBA TRIVIÑO, Magistrado Ponente

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

GARANTÍAS VS DERECHOS

El nuevo sistema penal acusatorio conlleva a que el proceso penal tiene dos objetivos esenciales que cumplir, el primero contribuir a la eficacia de la persecución penal y el segundo respetar los derechos de los ciudadanos involucrados en un hecho que reviste características de delito. Esta contraposición adquiere toda su rudeza a propósito de las garantías de los ciudadanos que son víctimas de ese hecho y el derecho de defensa del ciudadano que aparece como imputado de la comisión del mismo. Se trata de que el Estado se haga cargo del juzgamiento de unos hechos con el máximo de eficacia y el máximo de respeto por todos los derechos involucrados.

Por ello el derecho de la víctima de ser protegida cuando se ve amenazada en su existencia cotidiana por un hecho punible, debe ser satisfecho. El Estado no puede desconocer su rol en esa dirección, lo que debe llevar a la par, la creación de toda una política pública dirigida a esa protección.

Se requiere el diseño de políticas eficientes, con el financiamiento adecuado, para llevar adelante acciones concretas de protección a víctimas y testigos. Pero además, reglas jurídicas claras de habilitación para los órganos del Estado que correspondan, para llevar adelante esas definiciones. Se debe asegurar que esa víctima, no sufre antes, durante o con posterioridad a su calidad, un atentado a sus libertades fundamentales, a su vida y su integridad física y psicológica y sobre todo a su intimidad.

De primera mano podría decirse que las garantías de las víctimas son bastante amplias e involucran a distintos organismos, a fin de asegurar y hacer realidad su protección durante todo el procedimiento penal, pero se hace necesario profundizar en cada una de las garantías en cuanto a su desarrollo práctico y efectividad, porque no basta un mero enunciado sino una realidad puesta en marcha.

La persona es el valor supremo de todo orden jurídico humano. Es el sujeto natural del derecho y no sólo el elegido. La convivencia social es necesidad - aunque a veces difícilmente soportable- pero no es un fin absoluto. Todo orden de estructura social y sobre todo el jurídico, debe permitir que el individuo tienda, dentro de esta estructura, a unos valores más elevados y cumpla su misión moral individual. De otra parte se debe entender que la misión del derecho penal es la de todo derecho, a saber, la regulación de la convivencia

humana. La convivencia social requiere preceptos jurídicos y un orden en que un individuo pueda vivir sin ser lesionado por otros.¹²⁶

Diferentes sistemas penales han centrado su actividad en la investigación de los delitos, y en conceptos de que la motivación preeminente es el interés punitivo del Estado. Con ello se ha desplazado a la víctima a un segundo plano, restringido habitualmente a prestar su colaboración en la producción de las pruebas y perseguir su interés de reparación por medio de acciones que, frecuentemente ocupan un espacio marginal dentro del proceso penal; olvidando además que los objetivos del sistema penal moderno pretenden entrar en un proceso de cambio, atendiendo a que los intereses de la víctima y la ayuda a quienes se encuentran en esta condición aparece como uno de los efectos beneficiosos, reales y verificables que el sistema puede producir.

Así mismo una concepción moderna de la seguridad ciudadana se vincula, ya no sólo al mantenimiento de un orden y el respeto por un cierto conjunto de normas, sino que a la promoción de las condiciones que permitan a las personas el goce de sus derechos. En tal sentido, una de las formas de promover la seguridad de los ciudadanos, tiene que ver con la preocupación por quienes se han visto privados de derechos a consecuencia de un delito.

La sociedad y el Estado existen para las personas, para garantizar su dignidad y su libertad. Los derechos fundamentales del hombre, que provienen de la idea misma de la dignidad humana, deben ser la preocupación esencial de la administración de justicia. Si la justicia no está preparada para defender al ciudadano de los abusos de sus semejantes, de los poderosos y de los del propio Estado, dicha administración no cumple papel preponderante alguno.

Entonces lo que se debe tener en cuenta es que la víctima del delito debe recibir la atención, información y respuesta adecuada a su situación individual, familiar y social, para atenuar las secuelas que implica la comisión del hecho delictivo en su persona y en su grupo familiar, situación que aunque está prevista en la legislación penal procedimental, pareciera resultar utópica por la falta de recursos del sistema penal colombiano.

El ideal es evitar que se acentúe la sensación de inseguridad en que se encuentra una víctima a partir del delito, la cual deriva de la indiferencia estatal frente a su situación. Una verdadera asistencia contribuye a atenuar los daños que sufre el sujeto pasivo de la criminalidad.

Se hace necesario, la instrumentalización práctica de la norma procesal penal para su concreción, creando organismos especializados multidisciplinarios y suficientes que sean capaces de dar una atención expedita a la víctima e impedir una doble victimización.

¹²⁶ Dr. Jüngen Baumann, Derecho Penal, conceptos fundamentales y sistema, traducción del a 4º edición alemana año 1972 por el Dr. Conrado A. Finzi, traductor del Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Ediciones Depalma, cap. I Función del Derecho Penal, pág. 3 a 7.

Se debe propender por la evolución del derecho penal hasta llegar a un Estado acorde con el tiempo moderno, en donde predomine la atención preferencial hacia las personas más que al sistema.

Podemos decir finalmente que Colombia ha dado un gran paso en cuanto al reconocimiento de los derechos de las víctimas a través de la legislación procedimental, pero infortunadamente no ha creado los mecanismos para garantizar su cumplimiento efectivo.

De nada vale un legado de normas si son inaplicables, de nada sirve una buena intención sino se ejecuta, por ello es importante que antes de legislar, se asignen los recursos para hacer efectiva la norma, porque ésta por si sola no es funcional.

Cuando entró en marcha el nuevo sistema penal colombiano en Enero del presente año, la fiscalía en vez de ser inyectada con un presupuesto mayor, sufrió una reducción ostensible y en vez de aumentar la planta de personal, está prevista una reducción de cerca de 5000 empleos.

Tampoco es de recibo el hecho de haber elevado a norma un extenso articulado de derechos y garantías, con la imposibilidad que se tiene ahora de ejercer la acción civil dentro del mismo proceso penal, cuando no se acuden a los mecanismos de justicia restaurativa. Si bien Ahora las víctimas sin necesidad de presentar demanda de parte civil por conducto de abogado, pueden directamente, como intervinientes, pedir al juez de control de garantías, por conducto del fiscal, en la etapa del pre-juicio, y en la etapa del juicio público y oral y el incidente de reparación integral, las medidas indispensables para su atención y protección, ello no justifica que le hayan cercenado la posibilidad de ejercer la acción civil dentro del mismo proceso, y tenga que acudir a la jurisdicción civil cuando no se está de acuerdo con la reparaciones propuestas en el incidente o en la aplicación del principio de oportunidad.

También se puede afirmar que el sistema penal que ahora nos cubre, ha evolucionado en el sentido de buscar un fin primero que es la reparación e indemnización y la solución alternativa de conflictos, aunque de manera latente pareciera que este propósito redundaba más en beneficio del mismo Estado y secundariamente a la víctima, buscando solo un objetivo la eficacia

Pero más allá de toda consideración parcializada, lo importante es buscar los mecanismos idóneos para obtener los derechos prescritos en nuestra legislación, sin permitir excusas por parte de los administradores de justicia para su omisión, y lograr el cabal cumplimiento de la normatividad analizada.

No se trata, entonces, de un problema nuevo, aunque sí de un problema actual. Y a la escena del debate penal actual la víctima ha sido traída de la mano de varios factores positivos y de alguno negativo. Entre los primeros se cuenta la victimología, cuyos cultores han logrado, con o sin razón, constituir una rama científica independiente, y diferentes escuelas que procuran cierta *despenalización*, la solución de casos penales por medio de instrumentos

culturalmente no penales (*diversión*) y hasta los mismos *abolicionistas* , autores estos últimos para quienes, sin embargo, no se trata de ingresar la reparación al Derecho penal, sino, antes bien, de desplazarlo completamente, reemplazando la pena por otras soluciones -entre ellas, la reparación- para el conflicto, mecanismos culturalmente distantes del Derecho penal, razón por la cual distinguen estrictamente pena de reparación y no desean edificar Derecho penal alguno sobre esta última opción. Entre los factores negativos, todos cuentan el fracaso -en gran medida- de la política resocializadora y la frustración del tratamiento social-terapéutico.

En concreto, la reparación –o mas bien, la voluntad del autor de reparar y su cumplimiento, en la medida de lo posible- reemplazaría a la pena o la aminoraría, cuando fuera suficiente para satisfacer la reacción del sentimiento jurídico general frente al delito y para dar por terminado el conflicto entre el autor y la generalidad, por la quiebra del orden jurídico. Esta solución opera tanto para casos en donde la víctima es individual, también se aplicaría para la solución de delitos que afectan bienes jurídicos colectivos, ya sea con el trabajo a favor de la comunidad como una prestación del mismo tipo (reparatoria).

Lo que se debe tener en cuenta es que la víctima del delito debe recibir la atención, información y respuesta adecuada a su situación individual, familiar y social, para atenuar las secuelas que implica la comisión del hecho delictivo en su persona y en su grupo familiar, situación que aunque está prevista en la legislación penal procedimental, pareciera resultar utópica por la falta de recursos del sistema penal colombiano.

El ideal es evitar que se acentúe la sensación de inseguridad en que se encuentra una víctima a partir del delito, la cual deriva de la indiferencia estatal frente a su situación. Una verdadera asistencia contribuye a atenuar los daños que sufre el sujeto pasivo de la criminalidad.

Es necesaria una aplicación práctica de la norma procesal penal para su concreción, creando organismos especializados multidisciplinarios y suficientes que sean capaces de dar una atención expedita a la víctima e impedir una doble victimización, como a veces suele suceder.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ANGU1LO, González, Guillermo, La Justicia Restaurativa en el Nuevo Sistema Procesal Ley 906 de 2004. Plan Especializado de Capacitación en Sistema Penal Acusatorio. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2005, Bogotá.

ARMENTA, Deu Teresa. Pena y proceso: fines comunes y fines específicos, en Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin. Ed. José María Bosch, Barcelona, 1997.

Autores Varios, Sistema Penal Acusatorio, Editorial Universidad del Rosario, 2005, Bogota.

BERNAL, Cuellar Jaime y MONTEALEGRE Lynett Eduardo, El Proceso Penal. Universidad Externado de Colombia, 2004, Bogotá.

Código Penal colombiano.

Códigos de Procedimiento Penal colombiano.

BUSTOS, Juan y LARRAURI, Elena. *Victimología: presente y futuro*, Editorial PPU, 1993,

CAMARGO, Pedro Pablo, Manual de Enjuiciamiento Penal Colombiano. Editorial Leyer. 2004, Bogotá.

CARRANZA, Piña Jorge Eduardo, Fundamentos sobre Verdad, Justicia y Reparación. Editorial Leyer, 2005, Bogotá

DAMASKA, Mirjan R. Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

DECAP Fernández, Mauricio. Apuntes sobre la contraposición entre la protección de víctimas y testigos y el derecho de defensa. Santiago, 08 de octubre de 2001.-

Declaración sobre Los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, recomendada por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Milán agosto-septiembre de 1985, adoptada por la Asamblea General en resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985, en CHAVES RAMIREZ, Alfonso, *La Conciliación*. Varios Autores, *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Asociación de Ciencias Penales Costa Rica. San José de Costa Rica, Noviembre 1996.

Defensoría del Pueblo, Red de Promotores de Derechos Humanos. La Desaparición Forzada y Los Derechos de las Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos, Imprenta Nacional, Bogotá, 2001.

DUCE, Mauricio, *“La Suspensión Condicional del Procedimiento y los Acuerdos Reparatorios en el Nuevo Código Procesal Penal”*, en El Nuevo Proceso Penal, varios autores. Cuadernos de Trabajo n° 2 Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, marzo 2000.

HOYOS, Arturo. El debido proceso, Editorial Temis S.A., 1998, Bogotá.

LIBEDINSKY, Sofía. *Los Acuerdos Reparatorios*, en Gaceta Jurídica, n° 211, enero 1998.

MAÑALICH R. Juan Pablo. Víctima y reparación en el Derecho Penal

Memorias Primer Congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica. Santiago de Chile. Septiembre de 1995.

Obras de Freud. Ensayos: Duelo y melancolía, vol. II; El por qué de la guerra, vol. XVIII; Mecanismos de defensa (Anna Freud); El malestar de la cultura, vol. XVII.

PAKMAN, Marcelo. Construcción de la experiencia humana. Editorial Gedisa. España. 1997.

PEREZ, Carocca Alex. Garantía Constitucional de la Defensa Procesal, Ediciones Jurídicas Olejnik, Barcelona, 1998.

ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000.

TREJO, Miguel A. y otros, en *Defensa del Nuevo Proceso Penal Salvadoreño*, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, El Salvador, 1994.