

**INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
VÍCTIMAS.**

ESTUDIO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN EL PERIODO 2005 A 2020

**INFORME FINAL PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO
PROCESAL CONTEMPORÁNEO**

JHON FREDY JURADO GIRALDO

MARIO ANDRÉS VÁSQUEZ ARREDONDO

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE ORIENTE
CONVENIO UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN**

COHORTE 1

RIONEGRO

2021

Contenido

	Pág.
INTRODUCCIÓN	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
1. TÍTULO.....	4
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	5
2.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
2.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
3. JUSTIFICACIÓN.....	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
4. OBJETIVOS	16
4.1. OBJETIVO GENERAL	16
4.2. OBJETIVOS ESPÉCIFICOS	16
5. MARCO TEÓRICO.....	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
5.1. LA EFICACIA DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL.....	¡ERROR!
MARCADOR NO DEFINIDO.	
5.2. ¿QUIÉNES PUEDEN INICIAR EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL?	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
5.3. DESARROLLO DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL.....	¡ERROR!
MARCADOR NO DEFINIDO.	
5.4. CADUCIDAD	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
6. PROPÓSITO.....	9

7. HIPÓTESIS.....	10
8. METODOLOGÍA.....	12
8.1. TIPO DE ESTUDIO.....	12
8.2. POBLACIÓN	12
8.3. DISEÑO DE PLAN DE DATOS	13
8.3.1. Gestión del dato	13
8.3.2. Obtención y Recolección del Dato	14
8.3.3. Control de sesgos	14
8.3.4. Prueba piloto	¡Error! Marcador no definido.
8.4. PLAN DE ANÁLISIS.....	14
8.5. PROCESAMIENTO DEL DATO	14
9. VIABILIDAD.....	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
10. FACTIBILIDAD.....	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
11. PLAN ADMINISTRATIVO.....	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
11.1. CRONOGRAMA	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
11.2. PRESUPUESTO	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
11.2.1. Presupuesto general	¡Error! Marcador no definido.
11.2.2. Presupuesto Desglosado.....	¡Error! Marcador no definido.
12. ÉTICA	130
BIBLIOGRAFÍA.....	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
ANEXOS.....	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.

1. TÍTULO

Incidente de reparación integral de niños, niñas y adolescentes víctimas.

Estudio normativo y jurisprudencial en el periodo 2005 a 2020

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Colombia ha tenido en la última década un incremento notable en la comisión de hechos punibles donde aparecen siendo víctimas menores de edad; es así como en el país, quienes tienen esa connotación de víctimas y se les ha vulnerado sus derechos con un injusto penal, obtienen la posibilidad de acudir al proceso penal para obtener verdad, justicia y reparación; no obstante, también se tiene la posibilidad de acudir a distintos mecanismos inmersos en los procesos ordinarios y extraordinarios, en busca de una adecuada reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto, escenario en el que se pretende la obtención de una reparación económica a cargo del autor o autores de los hechos punibles. Al respecto, la justicia ordinaria, en su artículo 135 del Código de Procedimiento Penal vigente estipula en lo concerniente a las víctimas del injusto:

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 (Ley 906 de 2004, art. 135).

Por su parte, la jurisdicción especial, hablando específicamente de la Ley 975 de 2005 (Justicia y Paz) en su artículo 4° consagra:

El proceso de reconciliación nacional al que dé lugar la presente ley, deberá promover, en todo caso, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y respetar el derecho al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados.

A su vez, la Ley 1957 de 2019, en su artículo 1° preceptúa:

El Estado tiene el deber jurídico de garantizar y atender los derechos de las víctimas y con la misma intensidad, la obligación de prevenir nuevos hechos de violencia y alcanzar la paz en un conflicto armado por los medios que estén a su alcance.

Cierto es que, cuando existe la comisión de una conducta punible en el marco de la legislación colombiana (Ley ordinaria y leyes especiales), le asiste a esta una serie de derechos y garantías que deben ser protegidos por el órgano estatal, prevaleciendo evidentemente los derechos de los menores cuando estos han sido quebrantados por el actuar humano, otorgándoles una especial protección prevalente con respecto a sus similares adultos; al respecto, la Constitución Política colombiana ha mencionado:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás (Constitución Política de Colombia, art. 44) (subrayas fuera de texto)

Es allí precisamente en donde ubicamos el nicho alrededor del cual gira la presente investigación, toda vez que resulta necesario determinar si dicha prerrogativa constitucional que busca la prevalencia de los derechos de los menores, tiene un sustento normativo y procedimental que así lo consagre, específicamente a lo consignado en la Ley 906 de 2004 (Código de procedimiento penal), en la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz), en la Ley 1957 de 2019 (Ley de Justicia Especial para la Paz), puesto que tenemos en nuestro saber, tres escenarios normativos que propenden por asegurar la reparación integral de los perjuicios y afectaciones causadas con el injusto, escenarios que admiten interpretaciones disímiles, puesto que cada legislación tiene su propio derrotero procedimental que debe ser analizado en aras de establecer si efectivamente los derechos de las víctimas menores de edad son prevalentes o, simplemente se equiparan los derechos de las víctimas sin distinción de edad, quizás convirtiendo la prevalencia en una simple carta descriptiva del “deber ser”, alejándose de la realidad procedimental plasmada en dichos compendios normativos.

El presente trabajo se abordó con el propósito de verificar cómo ha operado la reparación integral al interior de los procesos en la justicia ordinaria en el marco de la ley 906 de 2004 y, en lo atinente en la jurisdicción extraordinaria en lo que respecta a las leyes 975 de 2005 (Justicia y Paz) y Ley 1957 de 2019 (Justicia Especial para la Paz), haciendo un especial énfasis en las víctimas menores de edad, analizando los elementos normativos y jurisprudenciales que se tienen al respecto, esto en aras de determinar el carácter prevalente de los derechos de los menores de edad en el trámite incidental. Por esto, es necesario mencionar que la reparación integral, se trata entonces de un asunto que le corresponde decantar a las víctimas directamente o, en su defecto, a sus representantes; así lo expone la Corte Suprema de Justicia en sede de casación:

Ahora, la actuación oficiosa del juez rompe con el esquema adversarial del nuevo sistema. Para efectos de la reparación, el legislador de 2004 previó el incidente de reparación integral (artículo 102 y siguientes), que tiene lugar una vez emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado y el cual se iniciará por solicitud expresa de la víctima, del fiscal o del Ministerio Público, a instancia de aquella.

De manera pues que para que se inicie el incidente es necesaria la existencia de una solicitud expresa. No es de iniciativa del juez ni puede ser adelantado de oficio, su promoción pertenece a la víctima.

La ley entregó a la víctima la facultad de promover la reparación, por lo que de no ejercerla se perderá la oportunidad de hacerlo dentro del proceso penal, sin que ello signifique que no pueda acudir a otra instancia jurisdiccional con el propósito de obtener su reconocimiento.

(...) De manera que es la víctima la que tiene el derecho y el deber de manifestar cuál fue el daño causado con la conducta punible, fundamentarlo y probarlo (Corte Suprema de Justicia, 2010, Proceso 33180).

Evidente resulta entonces afirmar que cuando se trata de reparaciones causadas por un injusto, es menester de la misma víctima reconocida como tal al interior de la actuación, el interponer el respectivo trámite que busca propender por una adecuada reparación, y es que dicho aspecto tiene sentido al predicarse la existencia de un daño que debe ser demostrado por parte de la víctima al interior del trámite incidental o de reclamación de afectaciones, puesto que es ella la legitimada para relacionar los perjuicios ocasionados y las afectaciones de toda índole causadas, sin que sea posible por parte del fallador el determinar, no solo el daño causado con el injusto,

sino además, la cuantía del mismo, por lo que resulta imperativo la existencia de una solicitud que al respecto se tramite al interior de la actuación.

Ahora bien, se reitera que desde la misma Constitución Política de Colombia, se prevé el carácter fundamental y la prelación que tienen las víctimas menores de edad con respecto a los mayores de edad, siendo necesario determinar si existe algún mecanismo diferenciador que permita dilucidar algún tratamiento especial cuando se trata de víctimas que ostentan una especial condición de vulnerabilidad, tratamiento que precisamente debe ser analizado desde las mismas concepciones proferidas por las altas cortes en aras de dilucidar la controversia planteada y dotar de protección especial a quienes por ley la ostentan.

De conformidad con los anteriores planteamientos, en esta investigación se tuvo por objeto dar respuesta a la siguiente pregunta problematizadora: ¿cómo ha operado en la Corte Suprema de Justicia y en la Corte Constitucional la reparación integral en la justicia ordinaria y extraordinaria, en aras de dar prevalencia a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes que son víctimas?

3. PROPÓSITO

Con este trabajo de investigación se buscó establecer la forma en que opera la reparación integral de perjuicios en la justicia ordinaria (Ley 906 de 2004) y en la justicia especial (Ley 975 de 2005 y Ley 1957 de 2019), normatividades tendientes a restablecer los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas, con la finalidad, no solo de identificar la existencia de nociones de prevalencia a estos sujetos especiales de derechos, sino además en aras de brindar herramientas a la academia, la judicatura y la sociedad en general sobre la forma en que se busca restablecer los derechos de las víctimas menores de edad en el país y plantear, desde sus resultados, propuestas de mejora para una mayor protección de las personas que gozan de protección especial por su situación de vulnerabilidad.

4. HIPÓTESIS

Hipótesis de entrada.

El incidente de reparación integral, propio de la jurisdicción ordinaria y extraordinaria, se encuentra consagrado con la finalidad específica de resarcir los daños ocasionados con el injusto, máxime cuando se trata de víctimas menores de edad inmersos en el conflicto armado Colombiano, motivo por el cual existe todo un derrotero procedimental que propende por resarcir los derechos vulnerados con el injusto.

Hipótesis conclusiva.

Luego de finalizada la investigación, se determina que existe todo un sistema procedimental en la justicia ordinaria penal (ley 906 de 2004) y en la justicia especial (Ley 975 de 2005 y Ley 1957 de 2019), estamentos que efectivamente propenden en sus líneas por el resarcimiento integral de los daños causados con el injusto, dotando de especial prevalencia cuando las víctimas son menores de edad, sin embargo, la hipótesis final se confirma parcialmente teniendo en cuenta que:

Primero: Se refleja dentro de la normatividad penal estudiada (ley 906 de 2004 - Ley 975 de 2005 y Ley 1957 de 2019), algunos vestigios de prevalencia cuando las víctimas son menores de edad, sin embargo, sus rastros resultan ser tan vagos, gaseosos o superfluos que no permiten inferir que efectivamente se asegure el carácter especial que ostentan las víctimas menores de edad, puesto que al interior de sus preceptos encontramos numerosos términos que aluden a la

prevalencia, pero no la desarrollan de manera concreta, sometiendo la indemnización a interpretaciones subjetivas por parte del juez o magistrado fallador por lo disperso que se encuentra el idealismo de la víctima.

Segundo: En el marco de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial, encontramos que, si bien es cierto, las víctimas representan el eje fundamental sobre el cual gira las normas procedimentales con respecto a la reclamación de perjuicios, en diversas oportunidades, resulta necesario acudir a estamentos internacionales o legislaciones complementarias en aras de garantizar la prevalencia de los derechos de los menores de edad; es decir, el ordenamiento jurídico no tiene una efectiva armonización para predicarse la prevalencia de los menores en la reparación de los perjuicios, de ahí la necesidad de acudir a legislaciones complementarias para buscar preceptos que así lo aseguren, encontrando entonces que los pequeños rasgos de prelación se predicen de la doctrina emanada de la jurisprudencia de las altas cortes, mas no de la misma normatividad.

5. METODOLOGÍA

5.1. TIPO DE ESTUDIO

La presente investigación se desarrolló bajo una tipología teórico-analítica, puesto que se tomaron en cuenta conceptos procedimentales del trámite de reparación integral de perjuicios consignado en la justicia ordinaria y la justicia especial, teniendo especial énfasis en el escenario donde las víctimas son menores de edad, realizando entonces un detallado análisis de los planteamientos esbozados en dicho articulado.

Además, es de anotar que esta investigación tuvo un enfoque cualitativo dado que se realizó una revisión de la teoría prevista con respecto a la reparación integral de perjuicios desde la normatividad, la jurisprudencia y la doctrina, con el objeto de cuestionar y debatir conceptos teóricos y prácticos del incidente como mecanismo para salvaguardar los derechos de los niños, niñas o adolescentes víctimas; así mismo, se pretendió realizar por medio de un proceso inductivo, el análisis y la exploración de la teoría objeto de estudio para obtener perspectivas teóricas de la investigación.

5.2. POBLACIÓN

En términos de población, entendida como “la totalidad de fenómenos a estudiar en donde las unidades poseen una característica común, la cual se estudia y da origen a los datos de la

investigación” (Tamayo, 1997, p. 92), su cobertura se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, relacionada con el tema del incidente de reparación integral en el caso de estudio. No se extrajo una muestra debido al bajo número de sentencias encontradas que abordaban el tema.

5.3. DISEÑO DE PLAN DE DATOS

5.3.1. Gestión del dato

La Gestión del Dato se realizó por los investigadores Jhon Fredy Jurado Giraldo y Mario Andrés Vásquez Arredondo, durante el desarrollo de todo el proyecto de investigación, mediante el préstamo interbibliotecario en las Universidades de Medellín, Católica de Oriente y Pontificia Bolivariana (Anexo B, C y D, Préstamo Bibliotecario); además, se acudió a los distintos buscadores electrónicos de la Rama Judicial con el objetivo de extraer y almacenar la información plasmada en sentencias de importancia para esta investigación; por tanto, se recopilaron los datos existentes que trataron el tema objeto de estudio, posteriormente se analizó el material obtenido para extraer de allí las conclusiones.

Las fuentes secundarias de esta investigación fueron obtenidas, tal y como se dijo en apartes anteriores, mediante el rastreo documental en libros, revistas, artículos, bases de datos de Jurisprudencia y demás información que se encontró al respecto, en medios nacionales e internacionales para dar claridad con respecto al tratamiento del Incidente de Reparación Integral

en el medio mundial, como un mecanismo de reparación de los derechos vulnerados a las víctimas menores de edad.

5.3.2. Obtención y Recolección del Dato

Los datos e información que se obtuvieron a lo largo de esta investigación por ambos investigadores, a través de fichas Bibliográficas y ficha de análisis de Sentencia y de Norma, para evitar que la información obtenida sea extraviada y en aras de respetar los derechos de autor de quien aporta información valiosa a este estudio.

5.3.3. Control de sesgos

Es de anotar que esta investigación fue objetiva, pues todos los datos que se recolectaron y la información que se allegó al trabajo final fue cuidadosamente seleccionada y solo se tomaron en cuenta aportes de autoridades reconocidas en la materia, legislación y jurisprudencia vigente sobre el tema objeto de investigación. De esta forma, se dejó de lado las experiencias subjetivas de los investigadores que pudieran afectar el resultado de la investigación.

5.4. PROCESAMIENTO DEL DATO

Los datos fueron recolectados y guardados en una base de datos que fue almacenada en los respectivos ordenadores de cada investigador, utilizando para tal fin software de procesamiento

de texto de Office y se guardó igualmente una copia de seguridad en los correos electrónicos y en un disco extraíble que adquirido para este fin.

6. OBJETIVOS

6.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar la reparación integral en los ámbitos de jurisdicción penal ordinaria y extraordinaria en los que los niños, niñas y adolescentes son víctimas.

6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Caracterizar la reparación integral de conformidad con la normatividad, la doctrina y la jurisprudencia en la justicia ordinaria (Ley 906 de 2004).
2. Estudiar las particularidades de la reparación integral en la jurisdicción penal especial aplicados a los niños, niñas y adolescentes víctimas (Ley 975 de 2005 y 1957 de 2019).
3. Determinar los presupuestos emanados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, respecto de la reparación integral en aquellos casos en que los niños, las niñas y los adolescentes fueron víctimas.

7. MARCO TEÓRICO

7.1 CARACTERIZACIÓN DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LA JUSTICIA ORDINARIA

Con este capítulo se desarrolla el objetivo número uno: Caracterizar la reparación integral de conformidad con la normatividad, la doctrina y la jurisprudencia en la justicia ordinaria (Ley 906 de 2004).

7.1.1 Concepto de reparación integral

Resulta importante recordar que Colombia ha tenido en la última década un incremento bastante notable en la comisión de conductas punibles, hechos en donde se avizora la existencia de víctimas menores de edad que fueron reconocidas como tal al interior del proceso penal; es así como en el país, quienes tienen esa connotación de víctimas, y se les ha vulnerado sus derechos con un injusto penal, obtienen la posibilidad de acudir al proceso penal para considerar una posible sentencia condenatoria en contra de aquel que ocasionó el daño en su contra. Ahora bien, una vez se predica la existencia de una sentencia condenatoria en contra del encausado, tal y como lo dispone el artículo 106 del C.P.P. modificado por la Ley 1395 de 2010, la víctima adquiere un nuevo derecho que se materializa en la figura denominada Incidente de Reparación Integral, mecanismo con el cual cuenta la víctima para resarcir los perjuicios que fueron ocasionados con el injusto. Al respecto, el artículo 135 del Código de Procedimiento Penal vigente estipula:

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 (Ley 906 de 2004, art. 135).

Cabe señalar que la figura en comento debe ser interpuesta ante el mismo juez de conocimiento que ha proferido el fallo condenatorio al interior del proceso penal, pudiendo predicarse entonces que se trata de un proceso adyacente que surge con ocasión precisamente de la sentencia que declara penalmente responsable al encausado. Igualmente se destaca que cuando la conducta delictiva recae sobre un menor de edad, se otorga la posibilidad en la jurisdicción ordinaria que sea el juez de conocimiento quien inicie en forma oficiosa el respectivo trámite incidental, aspecto que surge precisamente como consecuencia de la prevalencia que tienen los derechos de los menores en nuestro compendio normativo:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. (Constitución Política de Colombia, 1991)

Antes de entrar a identificar el concepto que se tiene con respecto a la reparación, resulta necesario determinar que el Incidente de reparación integral se predica únicamente con respecto a las víctimas del injusto, siendo necesario establecer que se trata de aquella persona que padece un daño por culpa ajena, es decir, por el actuar de un tercero que pone en detrimento un derecho propio, inobservando lo establecido en la norma; persona sobre quien recae el estatuto punitivo y debe cumplir una pena como consecuencia directa de su actuar. Hablando estrictamente en términos de derecho penal, la víctima es el sujeto pasivo del delito; es, en general, la persona que ha sufrido el daño como consecuencia de un hecho delictual y el sujeto activo es aquella persona que puso en detrimento el derecho de otro con su actuar delictivo.

Ahora bien, es de indicar que el hecho de ser reconocido como víctima al interior de un proceso penal es un trámite que conlleva un trasegar de carácter imperativo para quien desee ser reconocido como tal, puesto que es necesario reconocer que en el ámbito jurídico existen víctimas que pueden ser directas o indirectas, dependiendo de la afectación que han tenido con el actuar criminal del sujeto activo.

En lo que respecta a la reparación, como primera medida cabe señalar que ésta tiene un componente resocializador, pues conlleva a que el autor del delito se enfrente a los efectos de su conducta y pueda lograr reconocer los daños y afectaciones ocasionadas a la víctima. De esta manera, comporta una oportunidad para el victimario de poder reconciliarse y lograr acercarse a la víctima y de este modo facilitar la reintegración ante la aceptación de la culpabilidad o ante la sentencia de condena en su contra, más aun cuando podemos afirmar que la conducta punible produce consecuencias jurídicas en dos esferas distintas pero complementarias, la primera de ellas en el plano público, relacionada con la inobservancia de las normas penales determinadas por el legislador (tipicidad), conductas punibles que precisamente están determinadas como tal teniendo en cuenta que su inobservancia produce un reproche social por alteración de la convivencia pacífica de los ciudadanos y, la segunda de ellas en el plano de lo privado, toda vez que con ocasión del injusto se produce una afectación de derechos subjetivos del sujeto pasivo del ilícito.

Ahora bien, es necesario indicar que nuestra constitución política de 1991, no consagra en su articulado el derecho fundamental de Reparación Integral de aquellos que son víctimas de una conducta delictiva, no obstante, resulta importante recordar que el artículo 94 de la carta magna determinó que si bien es cierto, se trata de un derecho que no se encuentra descrito de manera taxativa en la norma, esto no representa un motivo para ser excluido como derecho fundamental e inherente al ser humano, al establecer que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. (Constitución Política de Colombia, 1991)

De esta manera, podemos afirmar con grado de certeza que la reparación integral representa un derecho fundamental reconocido por el bloque de constitucionalidad, máxime cuando el sujeto pasivo sobre el cual recae el ilícito es un menor de edad que ostenta una especial protección reforzada por parte del estado, tal y como se indicó en apartes anteriores. Es importante recordar que, en un primer momento, la Corte Constitucional mediante sentencia C-277 de 1998, determinó que existía una fuerte vinculación del derecho al acceso a la administración de justicia con el derecho a la reparación integral de las víctimas, mencionando además que asegurar sus derechos no se limita únicamente a permitirle actuar en el proceso penal, sino que además, el juez de conocimiento debe asegurar la reparación del daño ocasionado con el injusto, al mencionar:

No puede ser interpretado como una simple atribución formal de acudir a las autoridades judiciales, sino como una garantía que obliga al juez de la causa a resolver integralmente sobre el fondo del asunto planteado. Así, las víctimas y perjudicados con el delito, como manifestación del derecho a acceder a la administración de justicia, tienen también un derecho constitucional a participar en el proceso penal que el Estado está en la obligación de adelantar, derecho que no debe limitarse a la declaratoria de responsabilidad penal, sino que, además, ha de extenderse a la obtención de la reparación del daño cuando este se encuentre probado (Sentencia, 1998).

De lo anterior, podemos entender que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las víctimas no solo tienen derecho al acceso a la justicia mediante la formulación de pretensiones en el proceso penal, sino que su ámbito de aplicación cubre además el derecho a obtener la verdad sobre lo ocurrido, a que se haga justicia sancionando a los responsables del injusto y al resarcimiento del daño ocasionado, prerrogativas que podemos traducir en tres fuentes fundamentales conocidas como verdad, justicia y reparación. De esta manera, con respecto a la reparación integral y acogiéndose a lo mencionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la Corte constitucional mediante sentencia C-715 de 2012, ha sostenido:

Es de reiterar que la jurisprudencia de la [Corte IDH] ha destacado la conexión intrínseca existente entre el derecho a la reparación y el derecho a la verdad y a la justicia, señalando en reiteradas oportunidades que el derecho de las víctimas a conocer lo que sucedió, a conocer los agentes de los hechos, a conocer la ubicación de los restos de sus familiares, así como también el

derecho a la investigación de los respectivos hechos y la sanción de los responsables, hace parte de la reparación integral de las víctimas y constituye un derecho que el Estado debe satisfacer a las víctimas, a sus familiares y a la sociedad como un todo

Un asunto que aún no hemos considerado y que es de suma relevancia para el presente, consiste en determinar entonces qué es reparar, o al menos, a qué se refiere la normatividad al respecto, punto en el que cabe reiterar que lo mencionado en apartes anteriores permite inferir inicialmente que la responsabilidad civil que se deriva de la comisión de un ilícito, lleva consigo como consecuencia la correspondiente reparación del agravio causado, por lo que se hace pertinente decir que según nuestra jurisprudencia relacionada con antelación, nuestra legislación integra de manera significativa el concepto de reparación para referirse no solo a la obtención de una indemnización de índole económica, sino que ésta puede ser representada en cualquier forma en la cual, la víctima reclame los postulados de verdad y justicia y de alguna manera, se logre subsanar en todo o en parte los daños materiales e inmateriales causados, entendiéndose entonces que al hablar de reparación podemos relacionarlo indudablemente con la garantía de alivio, sanación, remedio, siendo este aspecto, el ideal y punto de convergencia propiamente de la Ley 906.

Desde una perspectiva amplia de reparación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos la ha concebido como:

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados (Caso Cantoral Benavides, 2001)

7.1.2 La reparación integral de niños, niñas y adolescentes

Podemos observar entonces que el derecho a la reparación y sus similares conocidos como verdad y justicia, tienen sustento en normas de naturaleza constitucional y en instrumentos

internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; motivo por el cual, nuestra jurisprudencia en repetidas oportunidades ha acudido a la hermenéutica jurídica en aras de determinar el alcance de los derechos mencionados. Particularmente, en repetidas ocasiones ha acudido a las interpretaciones que al respecto se mencionan en la Convención Americana de Derechos Humanos, concretamente en el artículo 63 numeral primero de dicho compendio, el cual establece:

Cuando [la Corte IDH] decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969)

Es entonces necesario identificar que cuando se habla de reparar un daño ocasionado, hacemos alusión a la plena restitución del perjuicio ocasionado, el cual consiste en restablecer al sujeto pasivo de la conducta delictiva al estado anterior a la afectación sufrida, es decir, dejarlo en la misma situación en la que se encontraba antes de la conducta punible y el menoscabo generado; no obstante, debemos considerar que existen casos en los que esto no es posible, la mayoría de ellos con ocasión a la gravedad de las conductas punibles que dieron lugar a la investigación, sin embargo, en dichos eventos, se debe propender por que se adopten las medidas necesarias para garantizar, al menos, el restablecimiento de los derechos vulnerados, reparando así las consecuencias que surgieron por la inobservancia de la norma.

Con base en lo antes mencionado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mencionado en repetidas oportunidades que el concepto de reparación de víctimas menores de edad se subsume a las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, elementos que deben ser considerados por el juez de instancia en procura de asegurar una indemnización integral de perjuicios.

Cabe mencionar que, para determinar cuál es el perjuicio ocasionado, se debe establecer inicialmente cuál fue el daño causado como consecuencia de la conducta delictiva, esto teniendo

en cuenta que al hablar de reparación se está haciendo alusión a aquellas medidas que se adopten tendientes a desaparecer los efectos generados con el ilícito. Al respecto cabe mencionar que desde una perspectiva integral de la persona humana y con relación a las compensaciones pecuniarias, existen dos tipos de daño a saber, daños materiales e inmateriales.

Con respecto al daño material, este comprende todos los gastos de carácter pecuniario asumidos por las víctimas o sus representantes legales con ocasión a la conducta delictiva, mientras que los inmateriales comprenden todas las afectaciones de índole no pecuniario generados en la psiquis de la víctima directa o sus familiares, entre ellos los sufrimientos, padecimientos y aflicciones causados como consecuencia del injusto, los cuales generan alteraciones en las condiciones de existencia del sujeto pasivo o su familia.

7.1.3 Perjuicios inmateriales

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, comprende “tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia” (“Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala, 2001)

Es entonces un daño a considerar al momento de determinar cuál es el perjuicio ocasionado con el injusto, puesto que, evidentemente, el daño ocasionado no solo genera afectaciones de índole pecuniaria, sino que puede ocasionar graves vejámenes de índole psicológica que pueden tener incidencia negativa en el desarrollo psíquico de las víctimas, máxime cuando se trata de menores de edad involucrados en la litis, quienes con frecuencia pueden presentar alteraciones de índole patológica como consecuencia de traumas ocasionados con el injusto.

En lo que respecta a los niños, niñas y adolescentes, tenemos entonces identificados como daños inmateriales los siguientes:

- a) **Daño moral y psicológico:** Incluye todos aquellos perjuicios de índole psicológica que se derivan de la afectación causada en la honra, el sufrimiento o el dolor ocasionado a raíz de la conducta delictiva. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mencionado: “Resulta evidente cuando la víctima es sometida a agresiones y vejámenes de magnitud considerable, lo que conlleva un sufrimiento moral” (Caso Cantoral Benavides, 2001).

Al respecto y, en aras de disminuir las arbitrariedades judiciales, cabe resaltar que el Consejo de Estado ha unificado criterios y ha expedido una tabla de perjuicios inmateriales, fijando montos indemnizatorios de acuerdo a los grados de consanguineidad que tienen los accionantes con respecto a las víctimas del injusto, de manera que para el efecto, basta con demostrar el grado de consanguineidad para predicarse el monto a solicitar, sin que exista ninguna apreciación de carácter subjetiva con respecto a la edad de la víctima, ello por tratarse de un asunto meramente objetivo en la mencionada tabla.

- b) **Daño físico:** Constituyen todas aquellas modificaciones del estado normal y natural del cuerpo humano, ya sea por la presencia en la conducta delictiva de elementos físicos, químicos o biológicos, en cuyo evento, las medidas a adoptar deben ser las de rehabilitación como la atención médica o la fisio terapia.
- c) **Daño al proyecto de vida:** Se encuentra representado en lo que conocemos como realización integral del menor afectado, considerando aspectos como su vocación y aptitudes y aspiraciones en su proyecto de vida, lineamientos que le permiten al menor fijar determinadas aspiraciones y expectativas en su vida. En el caso que nos ocupa, con respecto a los menores de edad víctimas de conductas delictivas, podemos decir que representa sueños y aspiraciones del menor en su expectativa de vida, aspectos que se encuentran en detrimento por aquel que cometió el injusto, en cuyo escenario estaríamos hablando de medidas de satisfacción como el recurso indispensable para resarcir ese daño ocasionado, aspecto que se puede solventar por intermedio de oportunidades en el ámbito laboral y académico del menor víctima, considerando entonces como una posible medida, la de otorgarle a este la posibilidad de acceder a los estudios superiores y demás gastos

que se ocasionen con cargo a su victimario, esto teniendo en cuenta que monetizar los perjuicios de ésta índole resulta poco posible pero perfectamente probable.

7.1.4 Perjuicios materiales

Los daños materiales constituyen aquellos que son representados en perjuicios de índole pecuniaria como consecuencia de la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima, mismos que están representados en lo que conocemos como daño emergente y lucro cesante. Resulta importante señalar que para que dichos daños sean reconocidos al interior del trámite incidental, debe existir un nexo de causalidad entre el daño ocasionado y el detrimento padecido, esto con la firme intención de que su reconocimiento sea válido por el juez de instancia.

- a) **Daño emergente:** De conformidad con el Código Civil colombiano en su artículo 1614, el daño emergente debe entenderse como: “Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento” (Código Civil Colombiano, 1873). Cabe anotar que la precitada norma tiene una visión meramente contractual del daño emergente, sin embargo, dicha situación no ha sido impedimento para que la jurisprudencia colombiana deje de aplicar la figura en lo que respecta a las cuestiones de responsabilidad civil extracontractual, tal y como sucede en la reparación como consecuencia de la conducta delictiva, puesto que resulta necesario recordar que el trámite incidental es un asunto de naturaleza civil tramitado por un juez penal, aspecto que será tratado en apartes posteriores. Por lo tanto, el daño emergente se consolida mediante la indemnización de aquellos gastos en los que incurrió el menor o sus representantes legales en razón del daño ocasionado, en rubros como cuentas hospitalarias, reparaciones o inclusive, gastos funerarios. Ahora bien, en cuanto al aspecto demostrativo de aquello que se considera lucro cesante, a diferencia de los perjuicios inmateriales que se encuentran implícitamente demostrados y reconocidos como consecuencia del ilícito, cabe resaltar que la reparación del daño emergente en el caso de víctimas menores de edad, su demostración y consecuente reconocimiento está sujeto a la diligencia probatoria del

demandante en el sentido de que debe acreditar en el trámite incidental, los perjuicios patrimoniales causados y su nexos de causalidad con respecto a la conducta delictiva, de manera que podemos predicar que se trata entonces de conceptos perfectamente palpables y demostrables, y de ninguna manera puede considerarse como un aspecto hipotético, sino que sus rubros son perfectamente cuantificables según se demuestre al interior del trámite.

Al respecto, se relaciona una línea jurisprudencial en donde se pone de presente las posturas identificadas con respecto al reconocimiento del daño emergente y lucro cesante cuando la víctima es un menor de edad.

<p>La demostración del daño emergente y lucro cesante cuando la víctima es un menor de edad se encuentra supeditada a la capacidad probatoria del accionante al interior del trámite, esto teniendo en cuenta que el daño sufrido es cuantificable y demostrable.</p>	<p>1) Consejo de Estado, Expediente 17738. 2 de marzo de 2011. C.P. Mauricio Fajardo.</p> <p>2) Consejo de Estado, Expediente 21515. 30 de enero de 2012. C.P. Stella Conto Díaz.</p> <p>3) Consejo de Estado, 28 de febrero de 2013. C.P. Stella Conto Díaz. 18001-23-31-000-2001- 00012-01(26428)</p> <p>4) Consejo de Estado, 28 de febrero de 2013. C.P. Stella Conto Díaz. 19001-23-31-000- 0174701(24691)</p>	<p>1) Consejo de Estado, Expediente 18221. Octubre 28 de 1993. M.P. Julio Cesar Uribe.</p>	<p>Imposibilidad de reparar el daño emergente y lucro cesante cuando la víctima es un menor de edad, esto teniendo en cuenta que el daño sufrido por este concepto resulta ser hipotético.</p>
---	---	--	--

	<p>5) Consejo de Estado, Expediente 21661. 26 de febrero de 2014. C.P. Mauricio Fajardo.</p> <p>6) Consejo de Estado, Expediente 31172. Agosto 28 de 2014. C.P. Jaime Orlando Santofimio.</p> <p>7) Consejo de Estado, Radicado 15001-23-31-000-2000-03838-01(19146). 22 de abril de 2015. C.P. Estella Conto Díaz del Castillo.</p> <p>8) Consejo de Estado, Radicado 25000-23-25-000-2002-00526-01(1726-08). 29 de abril de 2016. C.P. William Hernández Gómez.</p> <p>9) Consejo de Estado, Radicado 68001-33-31-000-2006-02670-01(42966). 13 de noviembre de 2018. C.P. Maria Adriana</p>		
--	--	--	--

	Marin.		
--	--------	--	--

Resulta entonces evidente que, según la línea jurisprudencial que precede, el Consejo de Estado ha sostenido una línea de pensamiento uniforme con respecto al daño emergente, donde establece que este rubro es perfectamente indemnizable, pero su aspecto probatorio dependerá siempre de los medios de prueba utilizados y esbozados en el trámite de reclamación de perjuicios, dejando a un lado la postura que considera el daño emergente como un asunto hipotético, lo cual deprecaría en la imposibilidad de otorgar su reconocimiento.

- b) **Lucro Cesante:** Representa la ganancia o provecho que deja de percibir la víctima en razón al incumplimiento o conducta delictiva. Sin embargo, su aspecto problemático no surge por el reconocimiento de éste, toda vez que demostrarlo y acreditarlo resulta bastante sencillo, basta con demostrar que la víctima devengaba un salario determinado, prueba suficiente para liquidar los ingresos que dejó de percibir según su expectativa de vida o el periodo de tiempo en que estuvo cesante; su problema surge cuando la víctima es un menor de edad, puesto que estos, en principio no trabajan o, no deberían estar laborando, de manera que cuantificarlo resulta bastante complejo y hacerlo podría caer en meras especulaciones hipotéticas.

Por lo mencionado con antelación, resulta imperioso mencionar dos pronunciamientos del Consejo de Estado que tratan la problemática en comento. El primero de ellos, Sentencia de unificación en materia de reconocimiento y liquidación de perjuicios morales en caso de muerte, aprobada mediante acta del 28 de agosto de 2014, C.P Olga Nélide Valle de la Hoz, se menciona con respecto al reconocimiento de los perjuicios ocasionados a un menor de edad que resultó muerto en una revuelta:

La Sala tiene por probado que el menor contrario a desempeñar actividades laborales o académicas, se dedicaba a la vagancia y al consumo de sustancias psicoactivas. Adicionalmente, dentro del Centro de Reeducación el menor no desarrollaba ninguna actividad laboral, por lo tanto, no recibía remuneración alguna, motivo por el cual sería ilógico afirmar que Iván Ramiro Londoño contribuía con el sostenimiento del hogar o de su mamá. Ahora bien, aun en el hipotético evento en

que la Sala encontrará probado, por ejemplo, con el testimonio del señor Emerson Sánchez Gutiérrez, que el joven Londoño Gutiérrez estuvo laborando con él en una panadería, no reposa en el expediente medio probatorio que acredite que tal labor se estaba desempeñando con el lleno de los requisitos legales, por lo tanto, mal haría esta Corporación en reconocer a la señora Gutiérrez Alarcón rubro alguno por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, debido a que se estaría amparando el trabajo infantil. (...) En conclusión, no habrá lugar al reconocimiento de perjuicios materiales a la madre del menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez, por las razones antes expuestas”.

Tal y como podemos observar, la sala no concede el amparo solicitado por el demandante en cuanto a los perjuicios materiales solicitados, por considerar que no se contaba en el expediente con el acervo probatorio suficiente para predicar que éste desempeñaba algún tipo de labor, inclusive, se atreve a mencionar la inoficiosidad del menor víctima, llegando al punto de llamarlo vago, incluso llega a desestimar el perjuicio aun en el evento de que el menor sí estuviese laborando para el día de los hechos, pues considera que aparte de que no se allegó la correspondiente prueba demostrativa de tal suceso, probablemente dicha actividad no se ceñía a la legalidad por tratarse de un menor de edad.

No cabe duda de que la posición adoptada por el Consejo de Estado en la precitada disposición se aleja por completo a las previsiones que al respecto se tienen sobre las víctimas y su especial protección por parte del estado, puesto que, aparte de deslegitimar a las víctimas menores de edad, está en contravía con las disposiciones que al respecto se han reiterado por la jurisprudencia en lo atinente al mínimo vital, puesto es necesario mencionar que la tasación de perjuicios como consecuencia de la conducta delictiva, se debe realizar acorde con el salario mínimo en los eventos en que resulte improbable demostrar los ingresos de quien sufrió el detrimento, por lo que los perjuicios materiales de daño emergente no pueden ser considerados como una simple expectativa cuando se trata de menores de edad, ya que debemos asumir que a partir del momento en que el menor cumple su mayoría de edad, éste comenzará a laborar y sus perjuicios deben ser estimados de conformidad con el salario mínimo vigente y según la expectativa de vida de este.

En este sentido, existe otra postura por parte del Consejo de Estado acorde con lo mencionado con antelación, la encontramos en la sentencia 6483 del 22 de noviembre de 1991, C.P. Daniel Suárez Hernández, en donde se estipuló: como criterio para calcular el monto indemnizatorio, el valor del salario mínimo que podría haber devengado la menor a partir de los 18 años y durante toda su vida probable si tuviera capacidad física”, pronunciamiento reiterado en sentencias más recientes como sucede en la número 9835 de fecha 06 de diciembre de 2013, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo “la liquidación del lucro cesante, en casos de lesiones de carácter permanente a menores, debe realizarse con base en el salario mínimo legal mensual, habida cuenta de la expectativa legítima de ejercer una labor productiva al cumplir la mayoría de edad, pero no existen bases para establecer cuál sería esa actividad, por lo cual deberá realizarse la liquidación de este perjuicio con fundamento en el salario mínimo legal mensual.

7.1.5 El trámite del incidente de reparación integral de niños, niñas y adolescentes en el ordenamiento jurídico colombiano

Una vez analizada la finalidad del Incidente de Reparación Integral, nos ocuparemos del trámite procedimental del mismo, especificando sus aspectos más relevantes y estructurando el derrotero a seguir para su adecuado reconocimiento.

Cabe advertir como primer aspecto que el Incidente de Reparación integral es una figura que se tramita ante un juez de naturaleza penal, pero sus aspectos procedimentales deben ser adelantados acorde con las disposiciones propias del Código Civil, de manera que podemos afirmar que se trata entonces de un procedimiento meramente civil que se adelanta ante un juez penal, aspecto que en definitiva debe ser tratado en apartes posteriores.

En general, el incidente de reparación integral en los procesos penales es una figura que ha logrado un gran reconocimiento en el derecho colombiano a lo largo de los últimos años, Propiamente con la entrada en vigencia del acto legislativo 003 de 2002 se le da gran participación a la víctima en el proceso penal, máxime cuando ha salido avante su pretensión inicial de establecer quién fue el responsable de la conducta delictiva, se le garantiza la obtención de una reparación integral en todos sus ámbitos. Resulta importante recordar que los intereses de

la víctima deben ser protegidos por el ente fiscal, informándole desde el principio de la actuación sobre los derechos que le asiste y sobre la posibilidad de iniciar el trámite incidental en aras de obtener una indemnización producto del ilícito, tal y como se dispuso en apartes anteriores.

Según se establece en el artículo 102 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010, en cuanto a la procedencia del incidente de reparación en materia de víctimas se ha decantado lo siguiente:

Artículo 102. Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral. En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos [107](#) y [108](#) de este Código, de ser solicitadas por el incidentante (Código de Procedimiento Penal, 2004).

Además, según el artículo 106 del Código de Procedimiento penal, el incidente de reparación integral debe ser interpuesto dentro de los 30 días siguientes al momento en que queda en firma la sentencia condenatoria, so pena de que la respectiva acción caduque y se pierda la posibilidad de ser interpuesto, aclarando igualmente que es requisito procesal fundamental el que la persona que lo interponga tenga legitimación procesal para actuar en dicho trámite. Al respecto, el mencionado artículo dispone:

Artículo 106. Caducidad. Artículo modificado por el artículo [89](#) de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> La solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca treinta (30) días después de haber quedado en firme el fallo condenatorio (Código de Procedimiento Penal, 2004).

Según se desprende de los anteriores artículos, son requisitos procesales para la interposición del incidente de reparación integral:

- a) Sentencia condenatoria en firme.
- b) Interposición del Incidente de reparación integral dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia de condena.
- c) Legitimación por activa para su interposición.

Ahora bien, no podemos obviar que el término de caducidad del Incidente de Reparación Integral es algo bastante corto, esto teniendo en cuenta que para la interposición de la figura, por tratarse de un asunto meramente civil, resulta imperioso para la parte solicitante o incidentante, recopilar todo el acervo probatorio que demuestre los rubros propios de la solicitud a elevar, rubros como los perjuicios materiales e inmateriales causados, no obstante, si vencido el término dispuesto para la interposición del trámite incidental y las víctimas o sus representantes no lo interponen en debida forma, esta cuenta con una alternativa adicional y distinta que podría resolver su olvido o falta de diligencia, esto es el trámite ante la jurisdicción civil denominado proceso de responsabilidad civil extracontractual, trámite que se podría afirmar, es algo bastante extenso, pero que en últimas puede ser inclusive más garantista por traer consigo nociones que el trámite incidental no tiene en sus presupuestos.

Una vez se analizan los presupuestos propios del trámite incidental, es importante recordar que cuando se avizoran víctimas menores de edad, el trámite incidental debe ser interpuesto por las mismas víctimas del injusto, por su representante legal, por el Ministerio Público o por el representante de la fiscalía, sin embargo, a pesar de que existe un término de caducidad taxativo de 30 días, en el evento en que los legitimados para hacerlo no lo hagan en debida forma, es menester del juez de conocimiento iniciarlo de manera oficiosa, tal y como lo dispone el artículo 197 del Código de Infancia y Adolescencia:

Artículo 197. Incidente de reparación integral en los procesos en que los niños, las niñas y los adolescentes son víctimas. En los procesos penales en que se juzgue un adulto por un delito en el cual sea víctima un niño, niña o adolescente, el incidente de reparación integral de perjuicios se iniciará de oficio si los padres, representantes legales o el defensor de Familia no lo hubieren solicitado dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia (Código de Infancia y Adolescencia, 2006)

Resulta claro entonces que una vez culminada la acción penal con sentencia condenatoria y al existir víctimas menores de edad, se entiende, según el precitado artículo, que continúa el impulso del proceso de manera invertida, ya no en cabeza de la Fiscalía, sino del Juez de conocimiento que ha proferido sentencia de carácter condenatorio, pues no se olvide que es el juez con facultades de parte quien va a iniciar el trámite incidental, invirtiéndose el rol de fallador a demandante, sin embargo, esto sucede por la especial protección que ostentan los

menores de edad en nuestra legislación, siendo claros que su interposición ya se encuentra relegada al juez de instancia, pero la solicitud y pruebas a aportar en el trámite se encuentran a cargo de la víctima por intermedio de su representante.

Sin embargo, en caso de ser un menor de edad, es el Defensor de Familia quien asume la carga de representación en tal evento; frente a ello, el defensor ha venido asistiendo al menor víctima en las distintas etapas procesales y es quien ha velado por los derechos y garantías del menor en el desarrollo del juicio oral, siendo este la persona idónea para salvaguardar sus intereses; advirtiendo igualmente al respecto que tal obligación recae también sobre el fiscal o en su defecto sobre el ministerio público (encargado de velar por los intereses de la sociedad).

El Ministerio público es a la vez un interviniente “principal” y “discreto” del proceso penal. Lo primero por cuanto desde la Constitución le ha sido reconocida una función de doble cariz consistente en velar por el respecto de los intereses de la sociedad, así como de los derechos humanos y de los derechos fundamentales afectos al proceso. Lo segundo, porque su participación debe someterse a los condicionamientos establecidos en la ley y precisados por la jurisprudencia, para no romper con los supuestos que en principio o tendencialmente articulan el sistema, relacionados con la igualdad de armas y el carácter adversarial del procedimiento. El ejercicio de sus funciones plantea por tanto el riguroso cumplimiento de la legalidad, así como la procura de los fines para los cuales desde tiempo atrás se le ha instituido como interviniente procesal, evitando desequilibrios y excesos a favor o en contra de alguna de las partes o intereses en disputa, con el despliegue de una actuación objetiva que en definitiva mejore las condiciones para que en el proceso se alcance una decisión justa y conforme a Derecho (Corte Constitucional, 2010, C-144).

De otro lado, al fiscal le corresponde tal carga, porque en el desarrollo del proceso penal es quien se encarga de velar por los intereses de las víctimas (Cfr. Constitución Política, art. 250, num. 1, 6 y 7), incluso desde el inicio de la acción penal y hasta tanto se culmine el trámite incidental, hecho que ha sido tratado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-293 de 2013, donde reza:

En el sistema penal de tendencia acusatoria, el Fiscal es el titular de la acción penal y la ejerce en representación de los intereses del Estado y de las víctimas. Con la reforma introducida

mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, la actividad investigativa desarrollada por la Fiscalía General de la Nación se encamina a la consecución de los siguientes fines “(i) la búsqueda de la verdad material sobre la ocurrencia de unos hechos delictivos; (ii) la consecución de la justicia dentro del pleno respeto por la dignidad humana y los derechos fundamentales del procesado; (iii) la protección y reparación integral de los perjuicios ocasionados a las víctimas; (iv) la adopción de medidas efectivas para la conservación de la prueba; y (v) el recurso, dentro del marco estricto de la ley, a mecanismos que flexibilicen la actuación procesal, tales como la negociación anticipada de la pena y la aplicación del principio de oportunidad, de tal suerte que, al igual que sucede en el modelo americano, sólo una pequeña parte de los procesos lleguen a la etapa de juicio oral, aproximadamente un 10%, con el fin de no congestionar el sistema penal. (Sentencia T 293 de 2013, 2013)

Podemos afirmar que para que el incidente de reparación integral, pueda arribar a los fines para los cuales fue creado y asegurar su eficacia, es necesaria la existencia de los siguientes presupuestos procesales: “demanda en forma, capacidad procesal de las partes, la competencia del juez, la existencia del derecho que tutela la pretensión procesal, la legitimidad para obrar, el interés para obrar y que la pretensión procesal no haya caducado o fenecido” (Botero, 2013).

Una vez cumplidos dichos presupuestos procesales, se procederá al agotamiento de distintas audiencias de conciliación, con las que se pretende la terminación anticipada del proceso incidental, de no llegarse a un acuerdo, se agotarán los medios de prueba arrimados al plenario por las partes para el proferimiento de la respectiva sentencia.

En lo que respecta al trámite del Incidente de reparación integral, una vez se interpone la demanda por parte de los legitimados para iniciarlo o por el juez en los eventos antes reseñados, el despacho debe programar fecha y hora para la celebración de la primera audiencia dentro de los 8 días siguientes a la presentación de la solicitud, en cuyo escenario, el incidentante deberá expresar de forma oral su pretensión en contra del que ha sido declarado penalmente responsable, haciendo la respectiva enunciación de la forma de reparación integral a la que pretende y señalando las pruebas que hará valer al interior de la actuación, igualmente, el incidentante podrá citar el tercero civilmente responsable y el asegurador si lo amerita pertinente.

Al respecto, el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, disposición modificada por el artículo 87 de la Ley 1395 de 2010, el cual dispone:

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 está fuera la única pretensión formulada. La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de los recursos ordinarios en los términos de este código.

Admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del condenado y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente. En caso contrario el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse, el sentenciado deberá ofrecer sus propios medios de prueba. (Código de Procedimiento Penal, 2004)

En segundo lugar, el juez analizará la pretensión formulada, misma que podrá ser rechazada o inadmitida. Será rechazada si la persona que la adelanta no es víctima directa o está certificando el pago efectivo de los perjuicios y ésta es la única pretensión que ha sido expuesta. En todo caso, el fallo negativo al reconocimiento de la condición de víctima podrá ser objeto de recurso de impugnación.

Ahora, si es admitida la pretensión, entonces el juez pondrá en conocimiento del declarado penalmente responsable e inmediatamente después dará la posibilidad de una conciliación que, si prospera, dará término al incidente y lo que se halla acordado allí se anexará al fallo. En caso contrario, el juez establecerá una fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho días siguientes para procurar de nuevo la conciliación y, de no conseguirse, el declarado penalmente responsable deberá proporcionar sus propios medios de prueba.

En tercer lugar, se efectuará la audiencia de pruebas y alegaciones. En esta fase del trámite, es decir, el día y la hora determinado por el juez, se llevará a cabo la audiencia que se comenzará con una exhortación a las partes a conciliar. Si ello se logra, el contenido del acuerdo se anexará a la decisión, pero si no es así entonces se efectuará la práctica de la prueba brindada por cada una

de las partes y se escuchará el fundamento de sus pretensiones, trámite conocido según el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal como Audiencia de pruebas y alegaciones:

Artículo 104. Audiencia de pruebas y alegaciones. El día y hora señalados el juez realizará la audiencia, la cual iniciará con una invitación a los intervinientes a conciliar. De lograrse el acuerdo su contenido se incorporará a la decisión. En caso contrario, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oír el fundamento de sus pretensiones.

Si el solicitante no asiste a las audiencias de este trámite y no tiene justificación alguna para ello, entonces esto implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud y la condena en costas según lo dispuesto en el parágrafo del artículo 104 del mismo compendio normativo:

La ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condenatoria en costas”

Si injustificadamente no compareciere el declarado penalmente responsable se recibirá la prueba ofrecida por los presentes y, con base en ella, se resolverá. Quien no comparezca, habiendo sido citado en forma debida, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente.

Ahora, si el que no comparece injustificadamente es el declarado penalmente responsable entonces se recibirá la prueba brindada por quienes están presentes y, con fundamento en ello, se dictará fallo. Quien no se presente habiendo sido citado debidamente, entonces será vinculado a los resultados de la decisión del incidente. En la misma audiencia el juez acogerá la decisión que de por terminado el incidente, la cual se anexará a la sentencia de responsabilidad penal, aspecto tratado en el artículo 105 del Código de Procedimiento Penal (modificado por la ley 1395 de 2010 en su artículo 88), el cual dispone: “En la misma audiencia el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, mediante sentencia”.

Finalmente, cabe señalar que el Incidente de reparación integral representa una figura procedimental que busca reparar los daños causados con la conducta delictiva, sin embargo, no siempre las víctimas del injusto buscan una reparación de índole económica, en algunos eventos, sus pretensiones van más encaminadas a recibir unas palabras de perdón como forma de resarcir los derechos ocasionados con el injusto, inclusive, puede suceder que su interés esté encaminado

a aclarar los hechos acaecidos con el injusto, punto en el que cabe resaltar que la figura del incidente de reparación integral se encuentra prevista para solventar dichas inquietudes, pues no podemos obviar que los derechos de las víctimas se traducen en tres presupuestos fundamentales a saber, verdad, justicia y reparación, sin embargo, resulta evidente que en algunos casos los jueces se quedan sin argumentos para exigir de parte de los condenados aclaraciones con respecto a sus hechos, puesto que consideran que su labor se limita a determinar quién fue el autor de la conducta punible, sin embargo, resulta imperioso manifestar que si bien es cierto, el presupuesto conocido como verdad se logra parcialmente con la obtención de una sentencia condenatoria en donde se declara penalmente responsable a una persona, asalta a la vista la imposibilidad que se tiene de obligar a los procesados a aclarar efectivamente el motivo que los llevó a cometer el injusto, por lo que resulta necesario determinar de una vez por todas que la verdad no se ciñe únicamente a establecer quién fue el autor de la conducta delictiva, sino que los jueces deben mediar para determinar las motivaciones o móviles del injusto.

7.2 EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL (LEY 975 DE 2005 y LEY 1957 DE 2019)

Con este capítulo se desarrolla el objetivo número dos titulado: Estudiar las particularidades de la reparación integral en la jurisdicción penal especial aplicados a los niños, niñas y adolescentes víctimas (Ley 975 de 2005 y 1957 de 2019).

7.2.1 JUSTICIA ESPECIAL PARA LA PAZ

Como es sabido, los derechos de los menores priman sobre los demás, aspecto reiterado en apartes anteriores y descrito según las disposiciones presentes en nuestra carta magna*, aspecto reiterado en diversas oportunidades en el ámbito Internacional; al respecto, la Convención de los derechos del niño, ratificada por Colombia mediante la ley 12 de 1991, en su artículo 38, trae una serie de disposiciones en favor de los menores que son víctimas del conflicto armado† (...) “4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Parte adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.”

Evidente resulta entonces, no solo el carácter prevalente de los derechos de los menores, sino también, el imperativo normativo que indica que es menester de los estados, incluido el colombiano, el crear los mecanismos suficientes en aras de cuidar los derechos e intereses de los menores de edad víctimas del conflicto; dicha protección se materializa en nuestra realidad cuando percibimos que los niños, niñas y adolescentes, son utilizados por los grupos armados al margen de la ley para hacerlos parte de las organizaciones criminales y/o en distintas ocasiones, son víctimas directas como consecuencia de la violencia en casos de homicidios, desaparición

* Artículo 44 de la constitución política de Colombia

† CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado,

forzada, secuestros, lesiones, esterilizaciones forzadas, actos sexuales o accesos carnales, e inclusive, en casos de orfandad por muerte de sus padres.

Continuando con el derrotero temático con respecto a la normatividad internacional, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, donde se regula la protección de las víctimas en los conflictos de carácter no internacional, establece una protección a los niños, niñas o adolescentes que son víctimas del conflicto armado, sin que se estipule alguna sanción por la comisión de conductas punibles en contra de estos; no obstante, nuestra normativa colombiana se torna en ser mas proteccionista frente a las menores víctimas del conflicto armado; al respecto, el artículo 162 de la ley 599 de 2000 establece: “El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” Es decir que nuestra codificación penal trae sanciones con penas de prisión, para quienes se atreven a utilizar menores en el conflicto armado.

Los menores son las victimas más indefensas de la población civil, situación que se suscita no solo por cuestiones anatómicas o de simple fuerza, sino por inmadurez psicológica y emocional, siendo estos aspectos de elemental relevancia al predicarse su prevalencia como un aspecto fundamental en su propia supervivencia, de manera que su participación activa en la Ley de Justicia y Paz, resulta imperativa para los órganos estatales en búsqueda del cumplimiento de las garantías legales y constitucionales para su adecuada reparación. Al respecto, según la revista La Defensa No 17, establece que se debe tener presente que: “si un menor va declarar, hay que avisar al ICBF, comisarías de familia, inspección de policía y a la unidad de víctimas. La falta de madurez física y mental exige especial cuidado, debe reconocérseles como sujetos de derecho desde que nacen. Todas las autoridades del Estado deben generar medidas específicas para su atención, en especial cuando son víctimas del conflicto armado”; de manera que podemos afirmar que las prerrogativas procedimentales se deben ceñir a los señalamientos constitucionales que al respecto se refieren a la protección especial de los menores de edad.

Para la anualidad del 2012, el grupo denominado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), dieron inicio a un acuerdo político con el propósito de la declinación de las armas por parte de este grupo al margen de la ley, buscando como contraprestación, tener participación política en nuestra democracia colombiana, dicho convenio se extendió hasta el año 2016 donde se solemnizó el acuerdo de justicia Transicional*.

El Numeral 5° de dicho acuerdo (acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera), estableció: “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición” el mismo direccionando un fin específico consistente en ponerle punto final al conflicto vivenciado con las FARC, el cual recibió la denominación de “Justicia Especial para la Paz”, el cual fue dirigido en torno a tres aspectos fundamentales 1-resolver sobre las solicitudes de amnistía e indulto en delitos conexados con delitos de política. 2-resolver lo tocante con el proceso en caso de que se presente reconocimiento antes o concomitante con el proceso judicial sobre responsabilidad en actos propios del conflicto. 3- juzgar a los ciudadanos que han tenido relación con actividades ilícitas y que no se han sometido a una forma de terminación anticipada como lo es el reconocimiento de manera voluntaria sobre su responsabilidad.

Para la presente investigación, es menester analizar si el estándar de justicia restaurativa efectuado por el acuerdo de paz, conlleva a garantizar la añorada verdad, reparación y no repetición relacionada con las graves afectaciones del DIH generadas en el conflicto armado colombiano, las arduas infracciones a la normativa Internacional Humanitaria y los crímenes de guerra realizados por los ciudadanos que aceptan responsabilidad en el proceso de Justicia Especial para la Paz y cómo se materializa y se hace efectivo frente a afectaciones a menores de edad.

La Sentencia C-715 de 2012 de la Corte Constitucional, donde se estudió la constitucionalidad de varias disposiciones normativas relacionadas con la verdad, justicia, reparación y restitución,

* Corte Constitucional en Sentencia C-579 de 2013 la define como: “*toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación.*”

como una de las formas prevalentes de la indemnización integral, determinó con respecto a la investigación y sanción de los responsables de delitos contra el derecho internacional humanitario tramitado por la justicia especial que:

la determinación de límites frente a figuras de exclusión de responsabilidad penal o de disminución de las penas en procesos de transición, en cuanto no es admisible la exoneración de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, y por tanto el deber de juzgar y condenar a penas adecuadas y proporcionales a los responsables de los crímenes investigados. (Sentencia C - 715 de 2012, 2012)

Lo anterior nos lleva a determinar que los ciudadanos que se someten al régimen normativo de justicia transicional, tienen efectivamente una condena y por consiguiente una sanción, de manera que no se está buscando la impunidad con respecto a sus actos delictivos, sino que se propende por el cumplimiento de una pena menor con respecto a las penas ya previstas en nuestro compendio normativo, teniendo como contraprestación, la reinserción social, el descubrimiento de la verdad y la efectiva desmovilización de los actores armados.

Ahora bien, respecto la Justicia restaurativa, el doctrinante Howard Zehr. En su obra “El pequeño libro de la justicia restaurativa” estableció:

La justicia restaurativa es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible (Zehr, 2010).

Pretende entonces la justicia restaurativa que la participación de la víctima y la sociedad sea más activa en pro de la reparación del daño causado y el deber violado por parte de los infractores, pues se propende entonces no solo por la sanción penal, sino también por la reparación del mismo en un entorno que beneficie a la comunidad.

Según el autor ZEHR,H. existen cinco bases fundamentales respecto a la justicia restaurativa: “a) el eje central es el daño, b) atender las obligaciones que ello conlleva tanto como para la

víctima como para la comunidad, c) el uso de proyectos incluyentes y colaborativos, d) involucrar a todos aquellos que tengan interés legítimo en la solución del conflicto y, c) “procurar enmendar el mal causado”.

7.2.2 CONCEPTO DE REPARACIÓN RESPECTO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Para la Corte Constitucional, en la sentencia C-579 de 2013, que se ocupa del tema relacionado con la obligación de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones sobre derechos humanos, estableció: la reparación no siempre es monetaria, sino que puede consistir en la restitución de los derechos de las víctimas, programas de rehabilitación y medidas simbólicas, como disculpas oficiales, monumentos y ceremonias conmemorativas. (Sentencia C - 579 de 2013, 2013)

Existen concepciones tendientes a indicar que la única forma de reparación es aquella impulsada por factores meramente económicos, cuando podemos deducir que, según el planteamiento antes esbozado, existen otras formas que conllevan a satisfacer sus pretensiones como son las relacionadas con la reparación simbólica, como forma de reparación moral, declaraciones oficiales, ceremonias conmemorativas entre otras; según Joinet, existen otras medidas tales como: “a) Medidas de restitución tendentes a que la víctima pueda volver a la situación anterior a la violación”, b) medidas de indemnización frente a daños psíquicos, morales y todo aquello que no pueda devolverse sino compensarse en dinero, c) medidas de readaptación” JOINET, L. (1996).

Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas establece:

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 de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes:

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

“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:

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

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

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

- a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad;
- b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad;
- c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial;
- d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos;
- e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta

materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad;

f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales;

g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales;

h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.

Ahora bien, el acuerdo final para la paz de conformidad con el artículo 1ro del Acto Legislativo 01 de 2017 “sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición”, se adentró de manera especial sobre tres principios fundamentales:

(i) reconocimiento de verdad plena sobre lo ocurrido; (ii) reconocimiento de responsabilidad por parte de todos los que participaron de manera directa o indirecta en el conflicto y se vieron involucrados de alguna manera en graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al derecho Internacional humanitario; y (iii) satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. (Sentencia C 080 de 2018, 2018)

La reconciliación, el goce eficaz de sus derechos humanos de manera global, conllevan también a la búsqueda y satisfacción plena de sus derechos como víctimas, toda vez que se contribuye a la obtención de beneficios para la mismas.

El acto legislativo 01 de 2017 como se ha dicho, reguló medidas tendientes a la finalización del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, acogiendo por demás el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. En este acto se da prevalencia a la justicia restauradora tendiente sobre todo al resarcimiento del daño causado, reparación asertiva e intervención en las causas que provocaron la victimización.

Por su parte el “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera” dentro de sus principios básicos estableció:

El funcionamiento del componente de justicia dará énfasis a las necesidades de las víctimas mujeres, niñas y niños, quienes sufren de una manera desproporcionada y diferenciada los efectos de las graves infracciones y violaciones cometidas con ocasión del conflicto. Las reparaciones deben responder al llamado de las Naciones Unidas que todo acuerdo de paz debe adoptar un enfoque de género, reconociendo las medidas de reparación y restauración, el sufrimiento especial de las mujeres, y la importancia de su participación activa y equitativa en el componente de justicia del SIVJNR.

Es así como el precitado acuerdo pretende generar una protección especial para las personas más vulnerables, encontrándose dentro de este sector, sujetos de especial protección como son los niños, niñas y adolescentes, quienes han sufrido de afectaciones basadas en el reclutamiento para asumir funciones en diversos cargos tales como: cocineros, cargadores, mensajeros, además del reclutamiento con propósitos sexuales, entre otros acontecimientos generados por parte de la Farc- EP.

7.2.3 frente al tema de menores de edad

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo primero establece: para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” es posible afirmar entonces que los hechos que se presentan frente a menores de 18 años son hechos caracterizados como graves y lamentables que perjudican de manera irreversible sus vidas y es una afrenta al derecho interno y al derecho internacional.

En sentencia C-080 de 2018 la Corte Constitucional en análisis realizado al artículo 28 numeral 10° de la ley 1820 de 2016, encontró una relación de tención al entrar a decidir sobre asuntos de persecución penal cuando existen menores de edad que han cometido conductas ilícitas no amnistiabiles en competencia de la jurisdicción especial para la paz, indicando en tal sentido lo siguiente:

La Corte se pronunció sobre la responsabilidad penal de niños, niñas y adolescentes en el marco del conflicto armado colombiano, en la Sentencia C-007 de 2018, en la cual

destacó que los menores de edad combatientes son víctimas y, como tal, tienen derecho a la reincorporación:

Antes de continuar es importante señalar que, de acuerdo con las conclusiones presentadas sobre el reclutamiento de niños niñas y adolescentes (y las conductas afines) como crimen de guerra en el bloque D.5., toda persona menor de 18 años que sea reclutada tiene la condición de víctima. En ese sentido, cabe recordar lo expresado en el numeral 11 de los Principios de París, de 2007, acerca del reclutamiento forzado. Así, de acuerdo con tal estándar, los Estados se comprometen “a garantizar que todos los niños y niñas menores de 18 años que están o han sido reclutados o utilizados ilícitamente por fuerzas o grupos armados y están acusados de crímenes contra el derecho internacional, sean considerados principalmente como víctimas de violaciones contra el derecho internacional y no como presuntos responsables. Hay que tratarlos de conformidad con las normas internacionales para la justicia de menores, [...] por ejemplo, en un marco de justicia reformativa y rehabilitación social.

En línea con el precedente constitucional citado, la Corte encuentra que el artículo 64 se dirige a respetar los estándares nacionales e internacionales en la materia, en cuanto los menores de 18 años, a la vez que pueden ser responsables de infracciones a la ley penal, son víctimas del reclutamiento ilícito. En consecuencia, debido a la condición de víctimas que ostentan, sin embargo, su ingreso al SIVJRN no puede ser incondicionado. Una interpretación de esta naturaleza, desconocería los derechos de las víctimas. Por esta razón, y de la mano del mismo precedente citado, corresponderá a la JEP determinar: “el tratamiento que debe darse en estos casos a los niños, niñas y adolescentes. Esto implica que, contrario a lo que ocurre con los adultos que incurrir en estas conductas, la disposición permite que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas decida renunciar a su persecución penal, en cuyo evento, sin embargo, podrá establecer la obligación de comparecer ante la Comisión de la Verdad o la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas (o, en términos amplios, imponer las obligaciones que estime pertinentes en el marco de sus funciones) [evitando que] el beneficio implique una anulación absoluta de los derechos de otras víctimas.

Este criterio es un factor ampliamente favorable a los intereses del menor, toda vez que contempla la posibilidad de catalogarlo como víctima por no tener plena capacidad de elección y no tener plena conciencia de sus comportamientos o por haber sido víctima de engaños para ser incorporado en las filas de las Farc.

Ahora bien, frente a delitos de naturaleza sexual cometidos por miembros de las organizaciones al margen de la ley, se tiene sentado: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional contempla la violencia sexual, incluyendo la cometida contra menores de edad, como un crimen de guerra (art. 8° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional). El Código Penal tipifica diversas modalidades de violencia sexual en el marco del conflicto armado. El título II sobre Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario tipifica el acceso carnal violento, los actos sexuales violentos, la esterilización forzada, el embarazo forzado, la desnudez forzada, el aborto forzado, prostitución forzada, esclavitud forzada y trata de personas con fines de explotación sexual (arts. 138 a 141B del Código Penal). Todos estos delitos tienen tipos especiales o agravantes cuando son cometidos en persona protegida menor de catorce años (art. 140 del Código Penal).

(...)

En consecuencia, la violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado es de competencia prevalente de la Jurisdicción Especial para la Paz. Por ser uno de los hechos de mayor gravedad, conforme a lo dispuesto en el artículo transitorio 66 constitucional, así como en el artículo 19 del Proyecto de Ley bajo estudio, la JEP podría decidir su priorización, en aras de contribuir a la pronta superación de la impunidad de estos graves hechos en el marco de la guerra.

La prioridad que tienen los menores respecto a la resolución de asuntos donde ha sido afectada la integridad y formación sexual, tiene carácter prevalente y sus sanciones son consecuentes con la privación de la libertad, sea cual fuere la aplicación normativa Jurisdicción especial o Jurisdicción ordinaria.

En proveído constitucional del 007 del 2018 podemos ratificar la prevalencia que se otorga a los intereses del menor “Los derechos de los niños, niñas y adolescentes son una prioridad en el orden constitucional colombiano. Por esa razón, el artículo 44 Superior estableció que estos son fundamentales y prevalentes en el orden interno. Además, Colombia es parte de la Convención de los Derechos del Niño, instrumento que desarrolla de forma comprensiva la materia, y prevé el principio del interés superior del niño como guía de toda decisión política y

jurídica que les concierna. En concordancia con estas normas, el artículo 13 Superior contempla el deber de prestar protección especial a las personas que se encuentren en condición de debilidad manifiesta o pertenezcan a grupos vulnerables, razón por la cual los niños, las niñas y los adolescentes, es decir, quienes no han alcanzado los 18 años, son sujetos de especial protección constitucional.”

Lo anterior concatenado a la luz de la ley 1098 de 2006 y el principio pro infans conllevan a determinar que existe una prevalencia por el respeto integral del menor y la dignidad del mismo, pues de existir un conflicto entre los derechos de un menor y un adulto atendiendo su interés superior, se le dará prevalencia al menor. El artículo Primero de la ley 1098 en comento tiene como fin “garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna. Lo anterior conlleva a que interpretaciones disímiles o contradictorias frente a un menor se han inoperantes precisamente por la prevalencia de los intereses del menor.

Siguiendo el derrotero temático, resulta importante mencionar que según las disposiciones normativas consignadas en la Ley 1957 de 2019 (Justicia Especial para la Paz), podemos afirmar que en sus líneas encontramos vestigios de prevalencia de los derechos de los menores, motivo por el cual, resulta necesario analizar dicho contenido normativo en aras de dar respuesta a nuestro trabajo de investigación.

Iniciaremos por el artículo 20, apartado que relaciona los requisitos o condiciones que deben cumplir los postulados para acceder a la justicia especial, en donde se consigna en el inciso sexto que en el caso de los miembros de las FARC-EP, estos deben asegurar la entrega de los menores de edad que pertenecen a sus filas, al respecto se menciona:

Artículo 20. Requisitos para el tratamiento especial. Para el tratamiento especial de la JEP es necesario aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición. Aportar verdad plena significa relatar, cuando se disponga de los elementos para ello, de manera exhaustiva y detallada las conductas cometidas y las circunstancias de su comisión, así como las informaciones necesarias y suficientes para atribuir responsabilidades, para así garantizar la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y a la no repetición. El deber de aportar verdad no implica la obligación de aceptar responsabilidades.

La JEP verificará el cumplimiento del siguiente Régimen de Condicionalidad:

(...)

En el caso de las FARC-EP el tratamiento especial de la JEP también está condicionado a la verificación del cumplimiento de: (a) la dejación de armas, (b) obligación de contribuir activamente a garantizar el éxito del proceso de reincorporación a la vida civil de forma integral y (c) la entrega de menores de edad. (Subrayas fuera de texto)

Por su parte, en el artículo 42 se relaciona una serie de conductas punibles que, en caso de haberse demostrado la configuración de estos delitos, los postulados a la Ley de justicia especial para la paz, no serán beneficiarios del tratamiento benevolente consignado en el acuerdo, en donde se incluyen los delitos de sustracción de menores y el reclutamiento de menores de manera taxativa y, además, se incorporan de manera genérica, los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra o privaciones graves de la libertad, la tortura y las ejecuciones extrajudiciales y los delitos sexuales. Miremos:

Artículo 42. Delitos no amnistiables. <aparte subrayado condicionalmente constitucional> No serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.

Tampoco son amnistiables o indultables en el SIVJRN, los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, conforme a lo determinado en la Ley 1820 de 2016 de amnistía. (Subrayas fuera de texto)

En igual sentido, en el artículo 52 de la ley 1957 de 2019, se hace alusión a las personas que no son beneficiarias de la libertad transitoria condicionada y anticipada, supeditando dicho beneficio al cumplimiento de prerrogativas con injerencia en víctimas menores de edad. Al respecto tenemos:

Artículo 52. De los beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada. Se entenderán sujetos beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada aquellos agentes del Estado que cumplan los siguientes requisitos concurrentes:

(...)

2) <Aparte subrayado condicionalmente constitucional> Que no se trate de delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma, salvo que el beneficiario haya estado privado de la libertad un tiempo igual o superior a cinco (5) años, conforme a lo establecido para las sanciones alternativas en la Jurisdicción Especial para la Paz. (Subrayas fuera de texto)

Igualmente, en el artículo 38 de la Ley 1957 de 2019, se puede evidenciar efectivamente que a los menores de edad les asiste un carácter prevalente cuando estos han sido víctimas de injustos cometidos por miembros de las organizaciones delincuenciales; no obstante, la misma normatividad remite a las disposiciones normativas consagradas en el artículo 1° del acto legislativo 01 de 2017, el cual consagra:

Parágrafo 1°, El Sistema Integral tendrá un enfoque territorial, diferencial y de género, que corresponde a las características particulares de la victimización en cada territorio y cada población y en especial a la protección y atención prioritaria de las mujeres y de los niños y niñas víctimas del conflicto armado. El enfoque de género y diferencial se aplicará a todas las fases y procedimientos del Sistema, en especial respecto a todas las mujeres que han padecido o participado en el conflicto.

Con base en lo anterior, puede predicarse que efectivamente existe un tratamiento prioritario en términos de reparación de víctimas menores de edad, mismo que se deriva de normas complementarias que son anexas a la norma principal, pero que su observancia resulta de vital importancia al momento de tomar determinaciones al respecto.

Ahora bien, en el artículo 18 se habla sobre el enfoque diferenciado con respecto al funcionamiento de la Justicia Especial para la paz, en donde se consagra:

Artículo 18. Enfoque diferenciado. El funcionamiento de la JEP dará énfasis a las necesidades de las víctimas mujeres, niñas y niños, quienes sufren de una manera desproporcionada y diferenciada los efectos de las graves infracciones y violaciones cometidas con ocasión del conflicto. Las reparaciones en el SIVJRNR deben responder al llamado de las Naciones Unidas en cuanto a que todo acuerdo de paz debe adoptar un enfoque de género, reconociendo las medidas de reparación y restauración, el sufrimiento especial de las mujeres, y la importancia de su participación activa y equitativa en la JEP.

Las actuaciones de la JEP en lo que tiene que ver con los pueblos y comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palanqueras y Rrom y sus miembros individualmente considerados, tendrán un enfoque étnico, lo cual implica identificar el impacto diferenciado del conflicto armado sobre estos pueblos y comunidades étnicas y el ejercicio de sus derechos fundamentales y colectivos, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, el Convenio 169 de la OIT, el Convenio Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y demás normatividad aplicable. (Justicia Especial para la paz, 2019)

Cabe mencionar entonces, según la disposición normativa que antecede, que existe un enfoque diferencial al momento de considerar la reparación cuando la víctima es un menor de edad, imponiéndole al estado el deber imperativo de realizar una adecuada reparación de los menores víctimas en términos de prelación de sus derechos; es decir, el enfoque diferenciado no solo se predica de las conductas delictivas cometidas en contra de estos sujetos de especial protección, sino que además, le impone el deber de enfatizar sus derechos frente a sus similares adultos, en donde se busque priorizar sus intereses indemnizatorios.

La ley 1448 de 2011 indica que los niños niñas o adolescentes menores de 18, tienen derecho a la Verdad, Justicia y Reparación ello conforme al artículo 181, en sus numerales 1° 2° y 3° que incluyen el restablecimiento de sus derechos y la protección contra todo tipo de violencia. La normatividad en comento en su artículo 184, trae una condición especial a la hora de generar una reparación para un menor que ha ostentado la calidad de víctima directa por causa del reclutamiento forzado, consistente en que, para recibir algún tipo de reparación, el menor debe haber desertado de las filas sin cumplir la mayoría de edad* de lo contrario perdería la

* sentencia SP5831-2016

oportunidad de reclamar por medio del proceso de justicia y paz a través del Incidente de Reparación Integral. Lo anterior no indica que, siendo mayor de edad, no pueda acudir a la jurisdicción ordinaria para que le sea reconocido sus derechos.

7.2.3 JUSTICIA Y PAZ

En el siglo XIX se formaron los conocidos partidos liberal y conservador en nuestro país, siendo este escenario político y social, el primer foco de conflicto con repercusiones de índole armado (Fidel, 2003); posteriormente, a mediados del siglo XX se presentó un notable crecimiento económico, dando lugar a dos conflictos de índole político-social; el primero denominada agitación campesina en las zonas rurales y el segundo establecido por los obreros en las grandes ciudades. Ya en el año de 1948 con la muerte de JORGE ELIECER GAITAN, quien se convirtió en digno representante de las masas populares, la Unión de Izquierda Revolucionaria dio lugar al surgimiento de los primeros focos guerrilleros y grupos armados al margen de la ley, quienes se autodenominaban marginados por el sistema político y se inclinaban hacia la resistencia armada en contra del aparato estatal (Rosa, 2003).

La naciente guerrilla, reconocida por tener un discurso de Liberación Nacional, toma fuerza al unirse con el llamado bloque soviético, adoptando pensamientos ideológicos de corte nacionalista marxista, lennista, guevarista y maoísta (Rosa, 2003), destacándose desde entonces como el más importante foco guerrillero y de aparato contra estatal el conocido como las Fuerzas armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), mismo que tuviere surgimiento en el año 1964; posteriormente surge el Ejército de Liberación Nacional o ELN por sus siglas en el año 1965, luego el Ejército Popular de Liberación (EPL) en 1967 y por último el conocido como Movimiento 19 de Abril (M-19) en el año 1973 (Rafael B. , 2014).

En el año 1970, un nuevo actor se suma al creciente conflicto armado de nuestro Estado Colombiano, encontrando como principal autor a los carteles de la droga que tenían locación en las ciudades de Medellín y Cali, ilegalidad compuesta por redes de narcotraficantes que buscaban el poder y la fortuna a través del flagelo de la droga, quedando el país sumergido en un conflicto de dimensiones inexorables y con un creciente problema de carácter social bastante palpable.

Debemos recordar que “Las alianzas entre la clase política colombiana y organizaciones criminales han sido una práctica recurrente, entre las más evidentes se pueden destacar tres. La primera, entre el Cartel de Medellín liderado por Pablo Escobar Gaviria y políticos liberales y conservadores. La segunda, entre el Cartel de Cali, liderado por los hermanos Rodríguez Orejuela y políticos de las mismas colectividades; y la tercera alianza ocurrió entre un sector de la clase política, diversos estamentos y paramilitares” (Rivera, 2007).

Como consecuencia del conflicto armado y la creciente ola de narcotráfico, las guerrillas tomaban más fuerza y el estado perdía territorio e incluso soberanía en muchos lugares que estaban a cargo de los grupos armados ilegales, ocasionando como consecuencia que los dueños de las tierras se vieran en la necesidad de pagar tributos para financiar la guerra de estos grupos armados al margen de la ley, exigencias dinerarias que representaban más que un pago para financiar a un grupo armado, un boleto a la vida misma, ya que el incumplimiento a las exigencias elevadas por estos representaba un peligro latente para su integridad y la de sus familiares, incluso un peligro para la vida misma. Evidentemente y como respuesta a las injusticias ocasionadas por los grupos guerrilleros, los terratenientes crearon los primeros grupos para estatales o autodefensas, surgimiento que se da en la década de los 80, esto como una respuesta a la misma ausencia del estado, quienes estaban perdiendo la lucha por el territorio y por el aseguramiento de las prerrogativas constitucionales de los ciudadanos colombianos, de manera que los mismos dueños de las tierras se vieron en la necesidad de contrarrestar los abusos de las guerrillas de manera personal para proteger sus bienes, sus familias y sus tierras. Esta causa fue apoyada por el propio estado de manera legal mediante la creación de los Decretos 3398 de 1965, ley 48 de 1968 y Decreto 356 de febrero 11 de 1994, marco legal que surge con el fin de que los campesinos tengan la posibilidad de ejercer el derecho legítimo de defensa y puedan proteger la propiedad privada (García, 2008)

A partir de allí, las autodefensas se fueron unificando con miembros de la misma fuerza pública, lo que llevó al surgimiento de los llamados paramilitares, concebidos como grupos contraguerrilla apoyados en el narcotráfico como sustento financiero, siendo necesario aclarar que existe una distinción entre el concepto de autodefensa y el término paramilitar, concebido el primero para identificar a aquellas personas oriundas de la misma región que combatían a los

grupos guerrilleros únicamente motivados por el respeto hacia la propiedad privada, mientras que los paramilitares son personas con conocimientos muchas veces de las fuerzas armadas, ex integrantes del ejército, miembros pertenecientes a la esfera de protección de la propiedad privada, sicarios entre otros que han sido utilizados por el Estado Colombiano con el propósito de sacar adelante sus estrategias institucionales (Fidel, 2003), de allí uno de los exponentes más mentados y temidos Carlos castaño, quien logró tener gran influencia políticas en su trasegar delictivo (Rainer, 2001).

Evidentemente, Colombia ha atravesado una bastante palpable época de violencia como consecuencia del conflicto armado que se ha suscitado en el territorio, dejando en su haber, un sin número de víctimas necesitadas de acciones de reparación y garantías de no repetición; motivo por el cual, el gobierno nacional implementó la creación de la Ley 975 de 2005 con el evidente objetivo de esclarecer la verdad y crear un escenario de reconciliación entre los autores del conflicto armado y las víctimas.

Para ahondar un poco, se hará alusión a la exposición de motivos de la ley de justicia y paz* y sobre ello podríamos decir que la misma surgió con un propósito especial y es el de conseguir la paz a nivel nacional, buscando una participación activa de los miembros al margen de la ley para que se incentivaran a la dejación de las armas por medio del dialogo, la intervención de los miembros al margen de la ley debía ser efectiva teniendo como designio la eliminación de la violencia que tanto daño le ha causado a nuestro país, la misma ley podía ser aplicada tanto a órganos de las autodefensas como de las guerrillas girando en torno a obtener verdad, justicia y reparación para las víctimas veamos:

El proyecto de ley está estructurado en torno a los ejes de Verdad, Justicia y Reparación, dando especial importancia al derecho de las víctimas. De esta manera, solo después de satisfacer los requerimientos de la justicia en lo que tiene que ver con verdad y reparación integral a las víctimas, se puede pensar en conceder beneficios a los miembros de los grupos armados organizados al

*EXPOSICIÓN DE MOTIVOS PROYECTO DE LEY.

<https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/1326/Anexo%208.pdf?sequence=9> *La paz es el gran propósito nacional. La Constitución de 1991 la concibe como el objetivo central del Estado Social de Derecho. La política de seguridad democrática adelantada por el Gobierno Nacional no tiene propósito distinto que alcanzar la paz combinando con precisión el uso legítimo de la fuerza y la vía dialogada.*

margen de la ley que se hayan desmovilizado y contribuido –mediante su actuación directa- al desmantelamiento de dichas organizaciones criminales.

La sentencia SP374-2018 Radicación n° 49170 hace precisión de manera clara sobre los inicios y modificaciones que ha tenido el proceso de Justicia y Paz:

Mediante Resolución 091 de 2004, el señor Presidente de la República y sus Ministros del Interior y de Justicia –para la época- y de Defensa Nacional, en ejercicio de las atribuciones conferidas por la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y por la Ley 782 de 2002, y considerando que se encontraban dadas las condiciones para ello, declararon “abierto el proceso de diálogo, negociación y firma de acuerdos con las Autodefensas Unidas de Colombia, AUC de que trata el artículo 3 de la Ley 782 de 2002.

A través del paso del tiempo se han presentado una serie de desmovilizaciones que dieron lugar a la extinción del grupo armado de las auto defensas unidas de Colombia, uno de los grupos subversivos más sanguinarios de nuestro país que se encargaron por muchos años en sembrar terror y angustia en el pueblo colombiano.

7.2.4 El trámite del incidente de reparación integral en la ley de justicia y paz

Resulta importante recordar que uno de los principales victimarios en el conflicto armado colombiano es precisamente las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), quienes en su actuar delictivo perpetraron diversos crímenes, en especial, homicidios y desapariciones forzadas de líderes, campesinos, mujeres y menores de edad, hechos punibles que se han ido esclareciendo con ocasión a la Ley 975 de 2005, mediante la cual se fijaron disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados al margen de la ley, quienes obtuvieron a cambio de su confesión de delitos, una serie de beneficios en pro del esclarecimiento de la verdad y la consecuente reparación a las víctimas del conflicto armado, consignado igualmente en la ley de justicia y paz en el artículo 23.

El incidente de reparación integral en la ley de justicia y paz, tiene por objeto establecer la condición de víctima, y es a ésta a quien le corresponde la carga de probar* el monto de las indemnizaciones, establecer los perjuicios económicos y morales, así como determinar sus formas de reparación o de lo contrario le serán infructuosas sus pretensiones

El artículo 23 de la Ley 975 de 2005, hace relación al trámite relacionado con el incidente de reparación integral y en lo que toca señala:

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.

El hoy llamado Incidente de Reparación integral era denominado incidente de identificación de afectaciones† “ART. 24 (...) Todas las actuaciones que se lleven a cabo en la audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos y en el incidente de identificación de afectaciones causadas, deben atender a su naturaleza concentrada. En tal sentido, todas las decisiones judiciales de esta audiencia concentrada se tomarán en la sentencia.”

Frente a la aplicación de dicha norma que versa sobre el Incidente de reparación integral, se debe dejar claro que la misma fue objeto de modificación en lo siguiente:

La audiencia de legalización de cargos desapareció con la entrada en vigencia de la Ley 1592 de 2012, ello no equivale a entender que también se eliminó el pronunciamiento exigido de la

* CSJ SP 16 nov. 2016, rad. 47.616. En este sentido, esta Sala ha referido que el legislador estableció una carga procesal en cabeza del reclamante y de su representante de ofrecer y/o solicitar pruebas sobre su condición de víctima, y que si no prueba dicha calidad, no puede reconocerse ni ordenarse la compensación invocada, dado que las sentencias deben estar soportadas en elementos de convicción legal, oportuno y válidamente incorporados.

† SP374-2018 Radicación n° 49170 En efecto, la norma en cita dispone que previo al incidente de identificación de afectaciones³⁷-actualmente de reparación integral-, debe declararse la legalidad de la aceptación de los cargos formulados,

judicatura, solo que en la actualidad este se cumple dentro de la audiencia concentrada de ‘formulación y aceptación de cargos’, antes de iniciarse el incidente de reparación integral.

Así las cosas, el Incidente de Reparación Integral en los procesos de justicia y paz, tiene su aplicación en la actualidad en la audiencia concentrada luego de la formulación y aceptación de cargos donde por economía procesal y para dar agilidad a las diligencias que se adelantaban de manera separada, fueron unificadas.

A continuación, y para efectos prácticos, se trae a colación un esquema extraído de la Guía institucional ISBN:978-958-9353-97-4 en su obra Representación Judicial de las víctimas en justicia y paz (Hernández Gabriel Arias, 2009 pag 50):

Esquema de las diligencias que se practican a los ciudadanos sometidos a procesos de justicia y paz. (Hernandez, 2009)



El Gobierno Nacional entrega a la FGN listados con las personas desmovilizadas (individual/ colectivamente) que se acogieron expresamente al proceso de justicia y paz. Artículo 4 Decreto 4760 de 2005. El fiscal debe adelantar averiguaciones para hallar)



Artículo 4 Decreto 4760 de 2005. El fiscal debe adelantar averiguaciones para hallar la verdad material, autores intelectuales y materiales, partícipes de delitos cometidos, bienes, armamento, fuentes de financiación, según artículos 15 y 16 de la Ley 975. Término: hasta 6 meses.



Versión libre Art. 5 Decreto 4760; art. 17 Ley 975. Confesión completa y veraz ante el fiscal del caso. Intervención de la víctima por conducto del fiscal para preguntar, aportar pruebas, dejar constancias. Parágrafo artículo 5 Decreto 4760. Si el versionado confiesa delitos de competencia de jueces de circuito especializado y no tiene orden de captura, el FISCAL suspende audiencia y lo pone a disposición del magistrado de control de garantías para que realice audiencia de imputación y resuelva sobre medida de aseguramiento, cumplida la cual se reanuda versión libre y agotada se solicita nuevamente audiencia de imputación



Audiencia preliminar de formulación de imputación Agotada versión libre, el fiscal elabora programa metodológico para iniciar investigación y esclarecer hechos suministrados. El fiscal solicita al magistrado de control de garantías realizar audiencia de formulación de imputación quien la ordenará dentro de las 36 horas siguientes. El fiscal formula imputación y solicita detención preventiva y adopción de medidas cautelares con relación a bienes (art. 18 Ley 975)



Investigación (60 días) Art. 6 Decreto 4760. Se inicia la investigación hasta por 60 días, término prorrogable por solicitud del fiscal, según el art. 158 CPP.



- 1.No acepta cargos Art. 19 Ley 975. No se aplica más el proceso de justicia y paz. El proceso se traslada a la justicia ordinaria al fiscal o juez competente.
- 1.2Acepta cargos parcialmente Art. 21 Ley 975. Ruptura de la unidad procesal. Lo no aceptado se traslada a la justicia ordinaria al fiscal o juez competente
- 1.3Sí acepta cargos Art. 19 Ley 975. Continúa el proceso de justicia y paz. El proceso se envía a la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial para que se realice audiencia de verificación y aceptación voluntaria de cargos.



Audiencia de control de legalidad de la aceptación de cargos Art. 19 Ley 975. Recibida la actuación se convoca a audiencia dentro de 10 días en la que se examinará si la aceptación de cargos fue libre, voluntaria, espontánea y asistida por el defensor. De ser así, se cita para audiencia de sentencia. Si hay solicitud de reparación integral se verificará primero este incidente.



Fuente: Guía institucional ISBN:978-958-9353-97-4 en su obra Representación Judicial de las víctimas en justicia y paz cuyo autor es: Hernandez Gabriel Arias. Del año 2009, pág. 50.

Cabe resaltar que para el Incidente de reparación en los procesos de justicia y paz se debe acreditar la calidad de víctima lo cual solo es posible hacerlo con el registro civil de nacimiento para aquellos que hubiesen nacido con posterioridad a 1948 y solo quienes nacieron antes de esta época podrán acreditarlo, con la partida de bautismo.

4.2.3 Diferencias entre el incidente de reparación integral en la justicia ordinaria y en la ley de justicia y paz

La sentencia SP418-2020 Radicación No. 50100, donde es magistrado ponente el Dr. Eyder Patiño Cabrera, hizo referencia a la distinción entre una y otra figura respecto del Incidente de reparación integral ordinario y del Incidente de reparación en la ley de justicia y paz veamos:

La reparación dentro del proceso penal se caracteriza porque (a) se desprende del incidente de reparación integral, que busca la investigación y sanción de los responsables del delito, a partir del establecimiento de la responsabilidad penal individual en cada caso en concreto; (b) tiene efecto solo para las víctimas que acuden al proceso penal; (c) debe demostrarse dentro del proceso la dimensión, cuantía y tipo del daño causado; (d) debe poderse demostrar, identificar, tasar o cuantificar el daño para poder determinar de manera proporcional e integral el monto a indemnizar a las víctimas, así como las diferentes medidas de reparación integral, tales como la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la reparación simbólica, las garantías de no repetición; (e) la reparación que se concede en vía judicial penal está basada en el criterio de restituo in integrum, mediante el cual se pretende compensar a las víctimas en proporción al daño que han padecido; (f) los responsables patrimoniales primordiales de la reparación son los victimarios, y solo subsidiariamente, en caso de que el victimario no responda, o no alcance a responder totalmente, responde subsidiariamente el Estado.

Frente a la reparación del proceso de justicia y paz indicó:

la reparación por vía judicial que nos ocupa, en el marco de la justicia transicional, se puede dar en nuestro sistema jurídico, en el proceso penal de justicia y paz, a través de un incidente de reparación integral previsto dentro del proceso penal especial de justicia transicional, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 975 de 2005.”

A voces del artículo 102 y 106 del código de procedimiento penal, se hará una breve distinción frente al desarrollo del Incidente de reparación integral en materia penal, y el Incidente de Reparación Integral en los Procesos de Justicia y Paz, en el primero tenemos entonces que hay una demanda de incidente cuando existe una sentencia ejecutoriada y no ha transcurrido el término de 30 días luego de su ejecutoria, en esta se postulan las proposiciones fácticas, unos condicionamientos jurídicos y luego de una serie de audiencias de conciliación que pueden culminar con el proceso incidental, de lo contrario se llevaría a cabo la práctica de pruebas para para llegar a un fin deseado que es la sentencia.

Como punto de partida, cabe resaltar que en el Incidente de reparación integral previsto en los artículos 102 y 106 de la Ley 906 de 2004, a diferencia del trámite incidental de la Ley 975 de 2005 consagrado en su artículo 23, requiere para adelantar su trámite de una sentencia condenatoria, en cuyo escenario se le concede a las víctimas un término de treinta (30) días hábiles posteriores a la ejecutoria del mencionado fallo para su interposición; por su parte, en la Ley de Justicia y paz, se establece en la misma audiencia en la que se declara la legalidad de la aceptación de cargos, el momento procesal oportuno para que el Tribunal Superior de Distrito abra inmediatamente el trámite incidental de reparación integral de los daños causados con la conducta punible, convocando igualmente dentro de los cinco (5) días siguientes a audiencia pública para tal fin, siendo evidente entonces que no se requiere agotar de manera previa el proceso de declaración de responsabilidad de los encausados y mucho menos existe el requerimiento de la existencia de una sentencia condenatoria en firme en contra de los postulados a la Ley de Justicia y Paz, diferencia sustancial para concluir que en definitiva, en la Ley 975 de 2005, basta con la existencia de la aceptación de los cargos formulados para dar apertura al trámite de reparación, sin que medie solicitud de parte para tal efecto. De manera que resulta evidente que en la mencionada etapa procesal, el magistrado de Justicia y Paz deberá dar apertura al trámite incidental, incluso sin la existencia, aún, de consideraciones mínimas con respecto a los requisitos que deben cumplirse para la obtención de la reparación, pues estos serán examinados de manera oportuna en la respectiva audiencia que se convoque con tal fin, pudiéndose afirmar entonces que la reparación en el marco de la Ley 975 de 2005 asegura un trámite ágil y en pro de los intereses de las víctimas del conflicto, pues su consolidación para dar

apertura depende simplemente de la aceptación de cargos por parte del postulado en la referida audiencia, sin que medie un trámite dispendioso y que en muchos casos puede constituirse en una lamentable causal de revictimización del sujeto pasivo de la conducta punible.

Ahora bien, en lo que respecta a la reparación integral de la víctima en el marco de la Ley 975 de 2005, tenemos como derrotero procesal el siguiente desarrollo de conformidad a lo expuesto en los artículos 23 y siguientes del mencionado compendio normativo:

La víctima, en la antes referida audiencia pública, por intermedio de su representante o a través del Ministerio Público, debe promover el incidente de reparación integral, indicando las pruebas que hará valer para fundamentar sus pretensiones. Una vez planteada la pretensión, le corresponde al Tribunal de Justicia y Paz en primera medida, examinar la condición de víctima del solicitante o incidentante, para acto seguido, estudiar las pretensiones presentadas, en cuyo escenario podrá tomar una de las siguientes determinaciones; la primera consiste en rechazar la pretensión planteada por la víctima por no ostentar dicha calidad o por haberse presentado el pago efectivo de los perjuicios ocasionados, evento en el cual proceden los recursos ordinarios de ley que se sustentarán de forma oral y se decidirá en la misma audiencia, recurso de apelación que será resuelto por la Sala Penal del la Corte Suprema de Justicia según lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 975 de 2005; en segundo lugar, el Tribunal podrá aceptar lo pretendido por la víctima, en cuyo caso procederá a comunicar al postulado la decisión adoptada. Posterior a ello, el alto Tribunal debe invitar a las partes a conciliar con respecto a las pretensiones planteadas por la víctima y la contrapropuesta planteada por los victimarios. Si se logra un acuerdo de conciliación, éste se incorporará a la decisión que falla el incidente, pero, por el contrario, en el evento de no presentarse acuerdo alguno, el Tribunal de inmediato practicará las pruebas ofrecidas por los sujetos intervinientes (solicitante y solicitado) y procederá a fallar el trámite incidental en la misma audiencia, debiéndose incorporar el contenido de la decisión en la correspondiente sentencia, para lo cual, citará a las partes dentro de los diez días siguientes con la intención de dar lectura del mencionado fallo incidental.

Evidentemente, el escenario de la conciliación resulta común en ambos trámites incidentales, aspecto fundamental si consideramos que el Incidente de Reparación Integral es una prerrogativa propia de la justicia restaurativa, teniendo como elemento indispensable tanto en la

Jurisdicción Especial como en la justicia ordinaria el reconocimiento del autor que cometió el delito, no obstante, en el artículo 42 de la Ley 975 de 2005, tenemos que en los eventos en los cuales no fue posible esclarecer la identidad de los autores o partícipes de los delitos, el Tribunal de Justicia y Paz podrá ordenar la reparación integral con cargo al Fondo de Reparación que administra Acción Social (Unidad de Víctimas del Conflicto Armado), siempre y cuando la víctima logre probar que el daño sufrido surgió con ocasión al conflicto armado y como consecuencia de los grupos armados ilegales; aspecto que resulta novedoso para asegurar una adecuada reparación de las víctimas, toda vez que dicha condición se adquiere con independencia de que se identifique, capture o condene al autor o autores del ilícito, aspecto que ya fue relacionado en apartes anteriores y que se encuentra de manera taxativa en el artículo 5° de la Ley 975 de 2005, el cual dispone: “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” (Ley de Justicia y Paz, 2005).

Igualmente, en el artículo 15 del Decreto 3391 de 2006 se dispuso:

Subsidiariamente, y en virtud del principio de solidaridad, quienes judicialmente hayan sido calificados como integrantes del bloque o frente al que se impute causalmente el hecho constitutivo del daño, responden civilmente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del mismo. Para que surja la responsabilidad solidaria, será necesario que se establezca el daño real, concreto y específico; la relación de causalidad con la actividad del grupo armado y se haya definido judicialmente la pertenencia de los desmovilizados al bloque o frente correspondiente, aunque no medie la determinación de responsabilidad penal individual (Decreto 3391 de 2006, 2006).

Por lo mencionado, grandes diferencias se tienen entre el incidente de reparación integral a manera de ver procesalmente, obsérvese que mientras en el IRI ordinario, se requiere de la existencia de una sentencia condenatoria para iniciar el incidente, en el IRI de Justicia y paz, se requiere solo de la aceptación de cargos por parte del postulado para para efectos de que la víctima presente su pretensión; respecto la presentación de la demanda guardan similitud no obstante se diferencian en los momentos procesales que se presentan y los funcionarios que

deciden, en el trámite ordinario el IRI se presenta ante juez unipersonal, en la ley de Justicia y paz el funcionario que conoce es un órgano colegiado donde a la hora de tener conocimiento de la pretensión el funcionario, ya ha avanzado la investigación pasando previamente ante un tribunal de garantías y luego ante un tribunal de conocimiento quien en ultimas es quien va decidir sobre el IRI. La cantidad de audiencias a celebrar son distintas en el IRI ordinario son dos citaciones a conciliar para luego arribar a la práctica probatoria y sentencia, mientras que en el IRI se tiene la finalidad de dos audiencias una concentrada y otra de lectura de sentencia; en el proceso ordinario se busca una reparación que podría ir mas encaminada a lo económico, toda vez que ya han sido satisfechas las pretensiones de verdad y justicia con una sentencia condenatoria. Mientras tanto en el IRI de Justicia y Paz se busca la obtención de la verdad justicia y reparación.

Resulta claro entonces que la Ley 975 de 2005 propende por la reparación integral de las víctimas con ocasión al actuar delictivo de los grupos armados ilegales, sin tenerse como prerrogativa la aceptación de cargos de parte de algún miembro del grupo insurgente, siendo este un aspecto en favor de quienes resulten afectados por estos, sin que dicho elemento se encuentre inmerso en la justicia ordinaria, puesto que en la práctica podemos evidenciar que, en la mayoría de los casos en donde se pretende el reconocimiento de los perjuicios ocasionados, éste aspecto se queda en una simple expectativa, puesto que en nuestra legislación, la responsabilidad civil que se deriva de la conducta delictiva resulta ser personalísima, por lo tanto, si el autor de la conducta delictiva en la justicia ordinaria no tiene el sustento económico suficiente para asumir la responsabilidad pecuniaria que surge con el agravio, no está obligado a realizar algún tipo de prestación que asegure el recaudo de lo adeudado; por lo tanto, es reiterado observar víctimas que nunca son reparadas.

Ahora resulta necesario mencionar que en la ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005), al igual que en la Ley 1957 de 2019, existe en su derrotero procedimental, una serie de articulados que aseguran la prevalencia en lo que respecta a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Al respecto, tenemos que en el artículo 10.3 de la ley 975 de 2005 se consagra:

Artículo 10. Requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva. Podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, cuando no puedan ser beneficiarios de algunos de los mecanismos establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que se encuentren en el listado que el Gobierno Nacional remita a la Fiscalía General de la Nación y reúnan, además, las siguientes condiciones:

(...)

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

Evidentemente, se trata de una serie de requisitos que trae la norma en aras de lograr la postulación a la Ley de Justicia y Paz, acápite en donde se vislumbra el carácter prevalente que ostentan los menores de edad como requisito fundamental sobre quienes gira todo el estatuto punitivo especial, imponiendo una prerrogativa fundamental al momento de considerar una efectiva postulación al acuerdo de paz e imponiendo un requisito insoslayable para su materialización, en donde se especifica de manera taxativa que para poder acceder a los beneficios de la Ley de Justicia y paz, los postulados deberán previamente entregar a los menores reclutados al ICBF, en aras de asegurar el restablecimiento de sus derechos; además, se puede observar que en la misma ley 975 de 2005 en el artículo 64, se establece que la efectiva entrega de los menores miembros del grupo delincuencia, no acarrea como sanción la desvinculación del proceso de paz, dando a entender entonces que se trata de un requisito irremplazable en aras de volver al menor a la vida en sociedad en condiciones de dignidad apropiadas.

Por su parte, siguiendo con el análisis de las previsiones de la ley de justicia y paz, tenemos que en el artículo 38 de dicho compendio normativo, se hace alusión a la protección especial que se debe brindar por parte de los funcionarios con respecto a las víctimas del conflicto, en donde se alude:

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

Asalta a la vista entonces que las víctimas tienen un carácter reforzado en lo que respecta a la protección que debe asegurar el mismo estado por intermedio de sus funcionarios públicos, especialmente cuando estamos ante un sujeto de especial protección estatal por su carácter de vulnerabilidad, tal y como se dispone en el inciso segundo del artículo en comento, en donde se refiere precisamente a que los funcionarios, deben asegurar la protección de las víctimas teniendo en cuenta el factor de la edad, sin que se haga más precisiones al respecto.

Ahora bien, resulta necesario mencionar que con respecto a la Ley de Justicia y paz y la ley de justicia especial para la paz, nos enfrentamos a un reto de dimensiones inexorables, en donde las

víctimas o reclamantes de perjuicios comparten un escenario similar, es decir, las víctimas de esta jurisdicción especial se limitan a realizar solicitudes por afectaciones en sus perjuicios, únicamente con respecto a hechos con ocurrencia al conflicto armado de nuestro país, previsión que taxativamente se encuentra consignada en la Ley 1448 de 2011, disposición declarada exequible por la sentencia C 781 de 2012, en donde se cuestionó la constitucionalidad del artículo 3° de dicho compendio, estableciendo una concepción amplia del conflicto armado interno de nuestro país como garantía en esa anhelada búsqueda de la atención adecuada a quienes sean víctimas, escenario en donde se asegure el goce efectivo de sus derechos.

Resulta necesario mencionar entonces las disposiciones emanadas de la Ley 1448 de 2011, en donde se acogen los criterios con respecto a la jurisdicción especial transicional, incluyendo en sus estamentos a la ley 975 de 2005 y 1957 de 2019, esto con ocasión a que, por medio de esta, se dictan disposiciones con respecto a las medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto interno. Al respecto, en su artículo 182 se hace alusión a la Reparación de las víctimas de la siguiente manera:

Artículo 182. Reparación integral. Los niños, niñas y adolescentes víctimas en los términos de la presente ley, tienen derecho a la reparación integral. Este derecho incluye las medidas de indemnización, rehabilitación, satisfacción, restitución y garantías de no repetición.

Parágrafo 1o. La reparación integral prevista en este artículo será asumida por el Estado en su conjunto a través de las entidades competentes, en particular las que integran el Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

Parágrafo 2o. El Comité Ejecutivo para la Atención y Reparación a las Víctimas con apoyo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, deberá diseñar con fundamento en la presente ley los lineamientos específicos para garantizar un proceso de reparación integral para los niños, niñas y adolescentes víctimas, el cual

deberá estar contenido en el documento Conpes de que trata la presente ley (subraya fuera de texto).

Con base en el artículo anterior, es necesario mencionar que le asiste a los niños, niñas y adolescentes del conflicto armado, un carácter prevalente en lo que respecta a sus derechos, ordenando entonces al Comité Ejecutivo para la Atención y Reparación de las víctimas, que de manera mancomunada con el ICBF, estructuren unos lineamientos claros para garantizarle a los menores un efectivo proceso de reparación integral, mismos que deberán ser contenidos en el documentos conpes de la presente ley. Al respecto, en el documento Conpes 3726 del 30 de mayo de 2012, se establece una perspectiva diferencial con respecto a los niños, niñas y adolescente, en donde se consagra:

La Constitución Política establece, en el Artículo 44, el carácter fundamental de los derechos del niño y perfila los derechos de protección, garantizando la titularidad de todos los demás derechos que se consagran el ordenamiento jurídico. En este orden de ideas, niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional. Desde la perspectiva diferencial de niños, niñas y adolescentes, es preciso citar la Convención de los Derechos del Niño - CDN7 . La misma reconoce a los niños y las niñas como sujetos de derechos, estableciendo un catálogo de derechos mínimos que cada Estado debe garantizarles, más allá de encontrarse en situaciones de riesgo y desde un enfoque de protección integral, corresponsabilidad e interés superior del niño. El marco normativo para garantizar la prevalencia, interdependencia y garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes, atiende al principio de protección integral que reconoce a toda persona menor de 18 años como sujeto de derechos y demanda la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del interés superior del niño. Éste es el referente de interpretación para garantizar la reparación integral de niños, niñas y adolescentes víctimas del conflicto en los términos de los Artículos 3 y 181 de la Ley 1448 de 2011.

Igualmente, el mencionado documento conpes menciona con respecto a la caracterización de la perspectiva diferencial que:

Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional. Sus derechos son prevalentes e interdependientes y deben ser protegidos de manera integral, primando el interés superior del niño. A pesar de ello, esta población ha sido víctima de graves violaciones a sus DDHH, y de infracciones al DIH; al igual que ha sido testigo de violaciones perpetradas a sus familiares y adultos significativos o de personas cercanas en sus entornos comunitarios.

7.3 EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LA CORTE CONSTITUCIONAL

En este capítulo se desarrolla el objetivo número 3 de la investigación: Determinar los presupuestos emanados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, respecto de la reparación integral en aquellos casos en que los niños, las niñas y los adolescentes fueron víctimas.

Resulta importante indicar que se han presentado diversos pronunciamientos por parte de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional que propenden por la adecuada reparación integral de quienes se constituyen como tal al interior de los procesos judiciales, de manera que es menester analizar las providencias dictadas por estos órganos judiciales en aras de establecer su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano e interpretar sus disposiciones para entender cómo se indemnizan perjuicios en los casos en que las víctimas son menores de edad y determinar si existe con respecto a ellos algún elemento diferenciador con respecto a los mayores de edad.

Se analizará para tal efecto, diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, entre ellas la SP 12969-2015, AP 696-2015, SP17091-2015, SP 12668-2017, SP-1249-2018, SP 4936-2019, AP 4837-2016, SP2129-2019, SP 418-2020, SP 3439-2015, SP 8854-2016, SP 5831-2016, SP 16258-2015, SP 19797-2017 y SP 107-2020; por su parte, se analizaron diversas sentencias de la Corte Constitucional relacionadas con el tema, esto teniendo en cuenta que, en estas se realiza un análisis bastante detallado en lo que respecta al reconocimiento de indemnizaciones por reparación material, moral, legitimación para actuar en el incidente de reparación integral y motivación de las sentencias. Cabe mencionar que las mencionadas sentencias surgen con ocasión a diversos recursos de apelación interpuestos por los representantes de víctimas inmersos en la actuación, quienes, ante la inconformidad de sus representados al ser excluidas sus pretensiones indemnizatorias, deciden interponer el recurso de alzada a las decisiones proferidas por la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz de los respectivos Tribunales.

Inicialmente, de forma reiterada, la Corte Suprema de Justicia ha mencionado que la conducta punible siempre genera como consecuencia la obligación de reparar los daños causados con el injusto, especialmente cuando estamos en el escenario del conflicto armado colombiano, los cuales pueden devenir en daños materiales y morales, pero siempre debe mediar con respecto a estos el nexo de causalidad frente a la comisión de la conducta delictiva, lineamiento de carácter imperativo y según el cual se aportan los elementos suficientes al juez en aras de tomar una decisión con respecto a estos, sobre el tópico en mención, la Corte Suprema de Justicia ha mencionado:

De acuerdo con los artículos 94 y 97 del Código Penal, la conducta punible genera la obligación de reparar daños materiales y morales a quien los cauce, la cual será determinada y liquidada por el juez con sujeción a la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño producido, siempre y cuando se acrediten en debida forma” (Sentencia SP 12668, 2017)

Resulta necesario mencionar entonces que nuestra Constitución Política de 1991, en ninguno de sus artículos consagró de manera taxativa el derecho que les asiste a las víctimas del injusto de obtener una adecuada reparación integral de los perjuicios ocasionados con el delito; no obstante, el artículo 94 del mencionado compendio normativo, determinó el carácter no excluyente de los derechos fundamentales que no aparecieran detallados de manera expresa en la norma, al mencionar “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

Luego de esto, es preciso decir que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de forma reiterada ha sostenido la misma línea de pensamiento de la Corte Suprema de Justicia, mencionando que la reparación integral, representa el derecho fundamental que le asiste a las víctimas del injusto; al respecto, en la sentencia C-277 de 1998, ha mencionado que la conducta punible genera consecuencias jurídicas plasmadas en dos planos distintos, mas no excluyentes; por un lado tenemos que con el delito se ocasiona un daño en la esfera privada de la víctima, el cual se vislumbra en la afectación de derechos subjetivos ocasionados a esta, desde donde se

desprende la acción civil en aras de indemnizar los perjuicios ocasionados y, por el otro, se ocasiona un daño visto desde la sociedad, en la esfera de lo público, teniendo en cuenta que la conducta delictiva surge como consecuencia de una inobservancia o incumplimiento de una norma de carácter penal consagrada para la convivencia pacífica de la sociedad, desde donde se desprende la obligación estatal de investigar y juzgar las conducta delictiva. En los mencionados términos, la Corte Constitucional en la sentencia C-344 de 2017 ha mencionado:

No puede ser interpretado como una simple atribución formal de acudir a las autoridades judiciales, sino como una garantía que obliga al juez de la causa a resolver integralmente sobre el fondo del asunto planteado. Así, las víctimas y perjudicados con el delito, como manifestación del derecho a acceder a la administración de justicia, tienen también un derecho constitucional a participar en el proceso penal que el Estado está en la obligación de adelantar, derecho que no debe limitarse a la declaratoria de responsabilidad penal, sino que, además, ha de extenderse a la obtención de la reparación del daño cuando este se encuentre probado. (Sentencia C-344 de 2017, 2017)

Evidente es entonces que los preceptos consignados en el Código Penal y retomados por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, no es más que una expresión del artículo 2341 del Código Civil, el cual expone: “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

Resulta importante recordar que en el escenario de la Ley de Justicia y Paz y en la Jurisdicción Especial para la paz, las reclamaciones por perjuicios ocasionados con el injusto, se limitan a los hechos punibles que se ocasionaron al interior del conflicto armado de nuestro país, es decir, las previsiones de la jurisdicción especial se limitan a las consecuencias que se generen por las actividades ilícitas de los grupos armados al margen de la ley, aspecto de suprema importancia, toda vez que delimita el tópico procedimental con respecto al Incidente de reclamación de perjuicios en la Ley 975 de 2005 y 1957 de 2019. Punto en el que resulta imperioso remitirnos a lo consignado en la Ley 1448 de 2011. De lo anterior no se puede colegir la afectación de derechos por vulneración al principio de igualdad con respecto a las víctimas de

conductas delictivas que se ocasionaron al margen del conflicto armado; es simplemente una consecuencia normativa que se deriva de dichos escenarios, puesto que las personas que sufren perjuicios con ocasión a conductas delictivas por actores que no pertenecen a una organización delincuenciales al margen de la ley y con ocasión al conflicto armado, también tienen derecho a la reparación de los perjuicios ocasionados, pero su ámbito normativo obedece a las previsiones de la justicia ordinaria, punto en el que cabe resaltar que la indemnización de perjuicios se deriva del injusto y su tratamiento normativo se predica según el contexto, ya sea la jurisdicción especial de paz o la justicia ordinaria.

Ahora bien, establecido el aspecto objetivo que da lugar a la reclamación por perjuicios ocasionados, es menester determinar quién es considerado como víctima según lo dispuesto por la Ley de Justicia y Paz y la Ley de Justicia Especial para la paz, en concordancia con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional. Al respecto, la Cortes han mantenido una línea de pensamiento conforme con la cual, son víctimas aquellas personas que directa o indirectamente han sufrido daños con ocasión del injusto, disposición que se ciñe a lo establecido por la Ley 975 de 2005, la Ley 1448 de 2011 y Ley 975 de 2005 (relacionado en apartes anteriores), normas que determinan que víctima es aquella persona que individual o colectivamente ha sufrido daños como consecuencia de acciones realizadas por miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, comprendiéndose igualmente a las personas de la fuerza pública que se encuentran en la misma condición, aclarándose que la disposición normativa, si bien es cierto inicialmente tenía por víctima indirecta al cónyuge, compañero o compañera permanente y al familiar que se encontrase en el primer grado de consanguinidad o primero civil con respecto a la víctima directa, cuando a esta última se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida, con posterioridad, mediante sentencia C 370 del 18 de mayo de 2006, la Corte Constitucional matizó dicho criterio, determinando acertadamente que otros familiares por consanguinidad adicionales a los antes mencionados, también pueden ser considerados como víctimas del injusto y, además, el reconocimiento no se ciñe a un delito específico, sino que se extiende a todas las posibles conductas que transgreden derechos colectivos o individuales, declarando entonces la exequibilidad condicionada y ampliando el espectro de protección en pro de todas las víctimas del injusto; al respecto mencionó:

Según el derecho constitucional, interpretado a la luz del bloque de constitucionalidad, los familiares de las personas que han sufrido violaciones directas a sus derechos humanos tienen derecho a presentarse ante las autoridades para que, demostrado el daño real, concreto y específico sufrido con ocasión de las actividades delictivas, se les permita solicitar la garantía de los derechos que les han sido vulnerados. Esto no significa que el Estado está obligado a presumir el daño frente a todos los familiares de la víctima directa. Tampoco significa que todos los familiares tengan exactamente los mismos derechos. Lo que sin embargo sí se deriva de las normas y la jurisprudencia citada, es que la ley no puede impedir el acceso de los familiares de la víctima de violaciones de derechos humanos, a las autoridades encargadas de investigar, juzgar, condenar al responsable y reparar la violación.

El anterior criterio fue compartido por la Corte Suprema de Justicia, quien dispuso: “En tales condiciones, el concepto de víctima se hizo extensivo a otros familiares por consanguinidad, sin importar el grado, pero que en todo caso acrediten el daño causado con el delito (Sentencia AP6961, 2015).

Ahora bien, como punto de partida se hace necesario explicar cómo se determina el vínculo o parentesco entre causante y causahabiente, esto con el fin de que el togado de instancia determine si existió afectación o perjuicios con ocasión del injusto. Al respecto, cabe resaltar que la demostración del parentesco no es más que otro asunto que debe ser analizado desde el punto de vista del derecho civil, ello por cuanto le corresponde a quien alega haber sido perjudicado con la comisión de una conducta delictiva, aportar el acervo probatorio suficiente en aras de demostrar el vínculo consanguíneo con el causante. Si bien es cierto, en materia de derecho penal existe el conocido principio de libertad probatoria, en lo que respecta a la demostración del vínculo o parentesco, se hace necesario aportar a la actuación las respectivas copias o certificaciones del registro civil de las personas que se consideran víctimas, para que el juez de instancia verifique la existencia del mencionado vínculo, siendo este aspecto un axioma de índole imperativo, cuya negligencia solo puede deprecar en la imposibilidad de conceder la respectiva indemnización de perjuicios por falta de sustento probatorio. No se puede entonces predicar la exigencia probatoria para demostrar el parentesco como una disyuntiva en el principio de libertad probatoria, ello por

cuanto, se insiste, el mencionado elemento demostrativo se ciñe a las normas que al respecto se tienen en materia de derecho civil, siendo el registro civil la prueba que por antonomasia demuestra a la perfección el vínculo consanguíneo. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia SP17091-2015 mencionó:

Ahora, el legislador ha dispuesto que el estado civil de las personas se demuestra a través de las copias o certificaciones de registro civil expedidas por los funcionarios de registro competentes, conforme se desprende del Decreto-Ley 1260 de 1970, sin que tal disposición se oponga al axioma de libertad probatoria.

Al respecto la Sala ha señalado lo siguiente:

Aunque en materia penal rige el principio de libertad probatoria, consagrada tanto en el artículo 237 de la Ley 600 de 2000, como en el 373 de la Ley 906 de 2004, frente a la acreditación procesal del parentesco, es claro que existe una tarifa legal, en la medida en que por tratarse este de un asunto ligado al estado civil de las personas, debe demostrarse con el registro civil respectivo.

Incluso, dicha exigencia está expresamente consagrada en el Decreto 315 de 2007, por el cual se reglamenta la intervención de las víctimas durante la investigación en los procesos de justicia y paz de acuerdo con lo previsto en la Ley 975 de 2005, pues, en el artículo 4° se señala que para demostrar el daño directo, deberán aportar, entre otros documentos, “Certificación que acredite o demuestre el parentesco con la víctima, en los casos que se requiere, la que deberá ser expedida por la autoridad correspondiente”.

(...)

En conclusión, la certificación expedida por la autoridad correspondiente a que alude la normatividad procesal de justicia y paz para la acreditación del parentesco no es otra que el registro civil respectivo, el cual se erige como la prueba idónea para el efecto y resulta ser el documento indispensable para que los familiares puedan ser reconocidos como víctimas^{***}. (Sentencia SP17091, 2015)

* CSJ SP, 17 abr. 2013, rad. 40.559.

Por su parte, la Corte Constitucional ha manifestado concordancia con respecto a la importancia del registro civil en aras de acreditar el parentesco con respecto a la víctima del injusto; al respecto ha mencionado:

En síntesis, la legitimación para reclamar los perjuicios derivados de la muerte, en principio, depende de la prueba del parentesco. Así pues, en los procesos de reparación directa el registro civil de nacimiento es un requisito necesario para la acreditación del parentesco, circunstancia que permite inferir el dolor, la aflicción y el sufrimiento de quien solicita la reparación por daño moral. (Sentencia T-311 de 2019, 2019)

Delimitado el asunto probatorio según el vínculo consanguíneo que se ostente con respecto a la víctima directa, se debe dar paso a analizar el tópico procedimental con respecto a los menores de edad que, si bien es cierto, no tienen un vínculo consanguíneo, sí ostentan una relación paterna con respecto a sus padres; siendo concretos, se hace alusión a los conocidos como hijos de crianza, esto por cuanto a que la mencionada disposición normativa no hace mención a estos como sujetos de especial tratamiento para su reconocimiento. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

En tales condiciones, el concepto de víctima se hizo extensivo a otros familiares por consanguinidad, sin importar el grado, pero que en todo caso acrediten el daño causado con el delito, ámbito dentro del cual no se incluye a los denominados “padres de crianza”, por cuanto en ellos no es predicable algún vínculo de parentesco o familiar y no obstante el estrecho vínculo afectivo y la dependencia espiritual y hasta patrimonial que puede surgir entre los menores y sus “padres de crianza”, estos no conforman su núcleo familiar ni son parientes, y en consecuencia, no pueden admitirse como familiares por consanguinidad ni reconocerse víctimas dentro del proceso de justicia y paz, y consecuentemente a no estimar sus pretensiones para la reparación integral, eventualidad que deja sin sustento alguno el planteamiento del defensor. (Sentencia AP6961, 2015)*

Por su parte, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho de configurar una familia se hace independiente del vínculo consanguíneo, siendo de suma relevancia reconocer que el vínculo se extiende a relaciones de índole afectiva, mismas que pueden deprecar en lazos familiares de tal

* En similar sentido Cfr. CSJ AP, 17 Abr. 2013, Rad. 40559 y SP 5200-2014

naturaleza que su reconocimiento no puede ser óbice para negar derechos fundamentales; al respecto, la Corte Constitucional ha mencionado:

En conclusión, la dinámica de las relaciones humanas en la actualidad implica reconocer que existen múltiples tipos de familias; ya que todas ostentan relevancia constitucional, es imperativo que el Estado les prodigue la idéntica protección. Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el concepto de familia es sustancial y no formal, y bajo tales lineamientos la familia de crianza, es decir, aquella en principio formada por lazos de afecto, solidaridad, respeto y asistencia, no debe entenderse contrapuesta a algunas relaciones de consanguinidad o jurídicas, dado que ello podría acarrear el desconocimiento del principio constitucional de la igualdad. (Sentencia T-106 de 2018, 2018)

Siguiendo el derrotero temático planteado, en la sentencia SP 12668 del año 2017, la Corte Suprema de Justicia ante una apelación interpuesta por diversos representantes de víctimas por la negativa del Tribunal de Justicia y Paz de Bogotá de reconocer la indemnización de perjuicios a estos y, en consonancia con el tema de los hijos de crianza, negó la posibilidad de conceder la correspondiente indemnización, aduciendo que la negativa no obedece a la falta de reconocimiento de la calidad de víctima, sino a la falta en la demostración del daño ocasionado, puesto que para la Corte, no basta con demostrar la relación paternal entre víctima directa e indirecta (hijo de crianza), sino en el mecanismo invocado y la falta demostrativa del nexo causal y el perjuicio solicitado. De manera que claramente la Corte Suprema de Justicia supone que, al momento de realizar las reclamaciones por perjuicios ocasionados, la misma debe hacerse como un tercero afectado, aportando entonces la respectiva prueba que da fe de la existencia del daño y, obviamente, el nexo causal entre el delito cometido y el perjuicio ocasionado. Es necesario entonces traer a colación lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, en donde adujo:

De otro lado, frente a la petición de corrección de la sentencia por Wendy Yohana y Elquin Sadid Sierra Audivet, se tiene que estos acudieron como hijos de crianza del causante y no hijos*, en consecuencia se enmendará la sentencia en cuanto a la enunciación de la calidad en que comparecieron para tenerlos como hijos de crianza, sin que ello conlleve la modificación de la negativa a reconocer indemnización a su favor por ausencia de registros civiles, pues como se explicó en la parte introductoria, no se puede presumir frente a éstos daño moral o material que imponga su reparación automática (Sentencia SP 12668, 2017).

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia mediante la misma sentencia manifestó:

“En cuanto a la súplica elevada a nombre de Alberto José y Rodolfo Antonio Rodríguez Amaranto, como hermanos de crianza de Miguel Antonio Amaranto Parejo, no se probó el daño moral sufrido en calidad de terceros damnificados, única vía para ser sujetos de reparación ante la imposibilidad de equipararlos a los hermanos biológicos o adoptivos. En consecuencia, no hay lugar a tenerlos víctimas indirectas con derecho a reparación por el hecho.” (Sentencia SP 12668, 2017)

Resulta propio indicar que, según los pronunciamientos antes esbozados, el mero vínculo demostrado con el respectivo certificado de nacimiento o registro civil, representa una prueba sumaria para demostrar el parentesco, sin embargo, esta resulta siendo insuficiente para reclamar indemnización por perjuicios producto del ilícito, esto teniendo en cuenta que es importante para el proceso de justicia y paz, no solo demostrar el parentesco, sino que es vital establecer cuál fue el perjuicio causado con el injusto. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia itera: “lo cual confirma el grado de parentesco reclamado, no obstante, como ello no es suficiente para acceder a la pretensión indemnizatoria se hace necesario verificar si al expediente se aportó elemento de prueba que acredite el daño moral padecido”. (Sentencia SP 12668, 2017)

Si bien es cierto la filiación es determinante para establecer el vínculo paterno, este no es determinante o exclusivo para reconocer la indemnización de perjuicios, tal y como se demostró en apartes anteriores. Se trata entonces del primer aspecto probatorio a dirimir, puesto que consiste en la actividad demostrativa de la relación entre padres con respecto a sus hijos, punto en el que cabe mencionar que por sí mismo, se requiere únicamente en el proceso de

* Así se expuso en audiencia del 5 de julio de 2013, minuto 54:30.

reconocimiento de maternidad, paternidad o impugnación de esta, tal y como lo dispone el Código general del proceso en el artículo 386 numeral 2º; no obstante, con respecto al proceso de Justicia y Paz cuya finalidad no está encaminada a dirimir dichas controversias sino: «facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual y colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación» (Sentencia SP 12668, 2017), dicho asunto no es más que una mera formalidad, máxime cuando, se insiste, es imperativo para el reconocimiento del perjuicio, la demostración del nexo causal entre el daño ocasionado y el delito cometido.

Como se mencionó con antelación, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en afirmar que es menester del reclamante, no solo demostrar el vínculo consanguíneo o familiar, sino que además, le impone una carga demostrativa en aras de establecer en la actuación cuáles fueron los daños ocasionados con el injusto, dándose a entender que no es la situación de víctima la que permite el reconocimiento, sino el elemento demostrativo del daño ocasionado con el injusto; aspecto subjetivo que ha sido mencionado por la misma Corte Constitucional en la sentencia C-052 de 2012, en la que expuso: “Es la demostración del daño cierto padecido como consecuencia del delito, y no la condición de damnificado o el parentesco, lo que determina la calidad de víctima o perjudicado y por ende la titularidad de los mencionados derechos.” (Sentencia C-052-2012, 2012)

Ahora bien, en lo que respecta a la representación judicial de las víctimas en los trámites propios del incidente de reparación en el escenario de Justicia ordinaria y justicia especial, es claro que esta debe ser asumida y desplegada, ya sea por la misma víctima, quien tiene la facultad de hacerlo a título personal o, si bien lo considera, lo puede hacer por intermedio de su abogado designado por la defensoría pública o de confianza, sujetos que en todo caso se encuentran facultados para actuar al interior del trámite con el objetivo de procurar una adecuada indemnización de perjuicios, siendo imperativo para el togado, el respectivo poder que lo acredita como apoderado de su prohijado. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha mantenido una línea de pensamiento acorde con las disposiciones del Código Civil, en donde ha sido enfático en afirmar que el trámite incidental puede ser interpuesto por la víctima o su respectivo abogado, afirmación que se hace visible en la sentencia SP 036-2019 en donde afirmó:

En este sentido, se tiene que el artículo 229 de la Constitución Política: «garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin representación de abogado». A su turno, los artículos 23 y 34 de la Ley 975 de 2005 permiten que la representación judicial en el proceso de justicia transicional pueda asumirse en forma directa por la víctima, a través de defensor de confianza o de defensor público, e incluso por medio de colectivos de abogados que tengan esa misión.

En el mismo sentido, cuando la víctima es un menor de edad, éste debe ser representado por sus padres o por un abogado que asuma el poder al interior del trámite de reclamación y pretenda resolver los intereses indemnizatorios del menor víctima. Sobre este asunto, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-052 de 2019 mencionó:

De igual forma, los menores de edad que pretendan acudir a cualquier proceso judicial deben hacerlo por intermedio de su representante legal, conforme lo preceptúa el artículo 306 del Código Civil, en los siguientes términos: «La representación legal del hijo corresponde a cualquiera de los padres. El hijo de familia sólo puede comparecer en juicio como actor, autorizado o representado por uno de sus padres». Por otra parte, el artículo 54 del Código General del Proceso establece que: «Las personas que pueden disponer de sus derechos tiene capacidad para comparecer por sí mismas al proceso. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes o debidamente autorizadas por estos con sujeción a las normas sustanciales.

Es entonces el otorgamiento de poder una exigencia insoslayable que encuentra su fundamento en el derecho que le asiste a las víctimas a acceder a la administración de justicia, según lo dispone el artículo 229 de la Constitución Política, siendo evidente que cada afectado decide si acude directamente al proceso o por intermedio de un apoderado que represente sus intereses, aspecto mencionado por la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

Corresponde a cada afectado decidir si acude de manera directa al proceso o escoge a un apoderado, caso en el cual debe otorgar el mandato correspondiente, el cual habilita al litigante a actuar en su nombre, presentar las pretensiones indemnizatorias e impugnar las decisiones contrarias a sus intereses, entre otras posibilidades. Sin poder, ningún abogado, privado o institucional, está legitimado para intervenir en nombre de

una víctima concreta, menos aún para formular pretensiones o gestionar asuntos que se deriven del trámite judicial (Sentencia SP4936, 2019).

Llama la atención entonces, cómo la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional precisan todos los trámites legales y procedimentales para que un menor víctima saque adelante su pretensión indemnizatoria, puesto que no existe distinción con respecto a los mayores de edad cuando se pretende dar inicio al trámite incidental; sin embargo, no podemos obviar que al interior del conflicto armado y en el escenario de la Ley de Justicia y Paz, existen un sinnúmero de víctimas que fueron perjudicados del actuar delictivo de los grupos armados, por lo que es menester hacer alusión a los menores que fueron reclutados por dichas organizaciones delincuenciales y que, en su momento, hicieron parte activa de las filas de las Autodefensas Unidas de Colombia, quienes, si bien es cierto, pertenecieron a la organización en calidad inclusive de combatientes, se hace pertinente analizar si deben ser considerados como víctimas o, por el contrario, deben ser tenidos en cuenta como victimarios de su actuar delictivo. Sobre éste asunto, debemos hacer hincapié en el Convenio de Ginebra y sus dos protocolos complementarios, estamentos normativos aprobados e incorporados a nuestro ordenamiento desde el año 1977, cuya finalidad fue precisamente la de plasmar una serie de lineamientos pensados exclusivamente para conflictos internos, es decir, conflictos no internacionales entre las fuerzas militares de un país con respecto a las fuerzas disidentes o grupos armados al margen de la ley, estipulando en el artículo 77 del Protocolo I lo siguiente:

Artículo 77 – Protección de los niños.

(...)

2. Las partes en conflicto tomarán las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menos de dieciocho años, las partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad.

3. Si, en casos excepcionales, no obstante las disposiciones del párrafo 2, participaran directamente en las hostilidades niños menores de quince años, y cayeran en poder de la parte adversa, seguirán gozando de la protección especial concedida por el presente artículo, sean o no partícipes o prisioneros de guerra.

Se hace evidente entonces que el convenio de Ginebra, hace especial énfasis en los menores de edad que hacen parte del conflicto armado de los países, haciendo manifiesto que la protección de los menores de edad debe ser procurada para niños, niñas y adolescentes menores de 15 años; sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico ha ampliado dicho espectro de protección, extendiendo el término a los menores de 18 años, aspecto que puede evidenciarse en el artículo 162 de la ley 599 de 2000, en donde se tipifica como conducta delictiva el reclutamiento ilícito de menores de 18 años con ocasión al conflicto armado, imponiendo una pena que oscila entre noventa y seis (96) y ciento ocho (108) meses de prisión para quien obligue a participar directa o indirectamente de las hostilidades o acciones armadas. De manera que podemos afirmar categóricamente que nuestro ordenamiento jurídico es más garantista en cuanto a la protección de los menores de edad, pero persiste la duda con respecto a los menores reclutados y su apreciación normativa y jurisprudencial en cuanto a su tratamiento y eventual indemnización de perjuicios.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia es enfática en afirmar de manera muy directa que:

Cuando reclutan a un niño o niña para integrar las filas de determinado bando, debe asumirse entonces que este hecho se produce en contra de su voluntad, y en tal sentido, adquieren la condición de víctimas, así en el desarrollo propio de la confrontación armada cometan hechos delictivos, es decir, que confluye también para esos casos la condición de victimarios (Corte Constitucional C-253A/12). (Sentencia SP 1249, 2018)

No obstante lo anterior, debemos precisar que según la Ley 975 de 2005, existe una limitante para acceder a los beneficios inmersos en el ámbito de justicia y paz para los menores reclutados en la guerra; para ser concretos, se refiere a que estos debieron desmovilizarse del grupo al margen de la ley siendo menores de edad, es decir, los menores de edad que fueron reclutados siendo menores de edad y desmovilizados siendo mayores de edad, no son reconocidos en dicho ámbito judicial como víctimas, lineamiento que claramente fue tratado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP 1249 de 2018, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya al mencionar:

Dicha normativa establece un límite para acceder a la indemnización cuando se trata de víctimas de reclutamiento de menores, en concreto, que “...deben haber sido desvinculados del grupo

armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad” (art. 184), por lo que se trata de una restricción de índole temporal de obligatorio cumplimiento al momento de establecer si es posible tasar la afectación.

Es decir que, las personas reclutadas cuando eran menores de edad y se desmovilizaron luego de cumplir los 18 años, no se consideran víctimas en el marco de la Ley 1448 de 2011 (par. 2, art. 3). Dicho criterio lo ha aplicado la Corte, por ejemplo, en la sentencia SP5831-2016, donde se especificó que en esos se trata de militantes que continuaron en su adultez integrando la organización armada (Sentencia SP 1249, 2018).

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP 374 ha mencionado:

El tema de las víctimas indirectas de los integrantes de los grupos armados al margen de la ley fue objeto de regulación en la Ley 1448 de 2011, que en el artículo 3º, párrafo 2º establece que «los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad» (Sentencia C-374, 2018).

Lo antes mencionado no significa que se excluya la característica de víctimas a los menores reclutados siendo menores y desmovilizados con posterioridad al cumplimiento de su mayoría de edad, puesto que dicho aspecto responde a una realidad objetiva que continúa siendo susceptible de reclamarse ante la jurisdicción ordinaria, sino que la situación particular en que ocurre su desmovilización impide que sean destinatarias de las medidas de protección vigentes en la justicia transicional.

Una vez determinados los criterios anteriores, es necesario analizar los condicionamientos establecidos por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en lo concerniente a la reparación. Al respecto, cabe mencionar inicialmente que no existe una distinción o tratamiento especial cuando las víctimas son menores de edad, puesto que todos los lineamientos con respecto a la indemnización de perjuicios se equiparan sin diferenciar la edad de la víctima.

Resulta evidente entonces que la Ley de Justicia y Paz, propende como axioma fundamental por la paz a través de la reinserción a la sociedad de los integrantes de las organizaciones delincuenciales al margen de la ley, tal y como se expuso en apartes anteriores, para cuyo efecto, se concede a los mencionados un incentivo denominado pena alternativa, misma que, si bien es cierto, puede ser considerada como benévola, esta se encuentra condicionada a la satisfacción efectiva de los derechos de las víctimas a la justicia, verdad y reparación, tal y como se precisó en el artículo 4° de la Ley 975 de 2005, en donde se manifestó que “el proceso de reconciliación nacional al que dé lugar la presente ley, deberá promover, en todo caso, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y respetar el derecho al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados”.

En cuanto a la verdad, representa un derecho que se encuentra en cabeza de toda la sociedad, puesto que, en sus previsiones, resulta necesario que se esclarezcan los hechos acaecidos con ocasión al conflicto armado del país, en donde se determine, no solo la forma como ocurrieron, sino, además, sus autores, sus partícipes, sus motivos y, en general, todas las circunstancias modo temporales que rodearon los mismos. Cabe destacar que, al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha mencionado:

En cuanto a la verdad, como derecho en cabeza de la víctima y la sociedad en general, es necesario determinar la forma cómo tuvieron ocurrencia los hechos, esto es, sus autores, sus motivos, las prácticas utilizadas, los métodos de financiación, las colaboraciones internacionales, estatales o particulares recibidas, a fin de que salga a la luz pública ese acontecer oscuro que debe servir a la comunidad para implementar los correctivos orientados a que no vuelvan a ocurrir tales sucesos. (Sentencia AP 4837, 2016)

En lo que respecta al derecho a la justicia, se hace necesario indicar que le corresponde al estado evitar la impunidad e imponer la consecuente pena a los autores y partícipes de las conductas delictivas que se suscitaron con ocasión al conflicto armado, garantizando la presencia de las víctimas en todas las etapas del proceso y procurando la no repetición de los hechos punibles. Sobre este asunto la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

Con relación a la justicia, se debe evitar la impunidad e imponer la correspondiente sanción, garantizando que ésta se ejecute en la forma y los términos definidos en la legislación, además de permitir a las víctimas el acceso a los diligenciamientos adelantados y adoptar medidas para prevenir la repetición.” (Sentencia AP 4837, 2016)

En lo que respecta al último de los derechos, la reparación representa el ítem que despierta más interés en las víctimas del injusto, siendo el escenario donde se centra la mayoría de impugnaciones debido al amplio panorama que ha sido desarrollado por la Corte Suprema de Justicia. En sus preceptos encontramos acciones como como:

(i) Restitución: devolver a la víctima a su statu quo anterior. (ii) Indemnización: sufragar el valor material de los perjuicios morales, materiales y de la vida de relación irrogados. (iii) Rehabilitación: recuperar a las víctimas de las secuelas físicas y psicológicas derivadas de los delitos cometidos. (iv) Satisfacción: compensación moral orientada a restaurar la dignidad de la víctima y divulgar lo acontecido. (v) Garantía de irrepetibilidad: desmovilización, desarme, reinserción, desmonte de las organizaciones delictivas y prohibición, en todas sus formas y expresiones, de la conformación de grupos armados paraestatales y el diseño de estrategias paramilitares. (vi) Reparación simbólica: aseguramiento de la memoria histórica, aceptación pública de la comisión de delitos, perdón difundido y restablecimiento de la dignidad de las víctimas, v. gr. la construcción de camposantos, de monumentos o la colocación de placas en sitios especiales. (vii) Reparación colectiva: recuperación psicológica y social de las comunidades victimizadas” (Sentencia SP 2129, 2019).

Una vez establecidos los derechos que le asisten a las víctimas del injusto en el escenario de la Ley de Justicia y Paz, se hace pertinente mencionar que para una adecuada reparación en términos de integralidad, se debe propender por el resarcimiento del daño causado en términos de perjuicios materiales y morales, sin olvidarnos que tradicionalmente teníamos por perjuicios únicamente a los antes mencionados, pero con el paso de los años, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia ha venido evolucionando, desligándose de las teorías tradicionales de daños materiales y morales e introduciendo nuevos conceptos que se vinculan al resarcimiento del perjuicio, de los cuales nos ocuparemos más adelante.

Como punto de partida, cabe mencionar que los perjuicios materiales son los que se encuentran representados en el daño emergente y el lucro cesante, mientras que los morales comprenden los perjuicios ocasionados en la psiquis de las víctimas. En todo caso, es menester del órgano fallador verificar lo solicitado por el incidentante y corroborar todo lo probado por éste, esto en aras de tomar una decisión de fondo que pretenda la adecuada indemnización de los perjuicios ocasionados.

Vale mencionar que en el ámbito del derecho penal y, concretamente en el escenario de la justicia transicional, el deber de reparar el daño causado con el injusto deviene del artículo 94 del Código Penal, tal y como se mencionó en apartes anteriores. A su vez, el artículo 97 ibidem consagra una serie de parámetros para una adecuada liquidación de los perjuicios ocasionados, en donde se dispuso:

Indemnización por daños. En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales. Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado. Los daños materiales deben probarse en el proceso”.

De la mencionada norma, podemos deducir que para la obtención de la indemnización causada con ocasión del injusto, debe demostrarse objetivamente el daño material y los perjuicios morales objetivados, sustentando su pretensión indemnizatoria en elementos de prueba que demuestren o den soporte a la reclamación, mientras que en cuanto al perjuicio moral subjetivado, basta con la demostración de la existencia del mismo para que el juez de instancia fije el monto indemnizatorio, basándose en la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado, entendiéndose entonces que éste no puede superar los mil (1000) salarios mínimos legales mensuales por previsión de la misma normatividad. Lo mencionado con antelación fue tratado por la misma Corte Suprema de Justicia en la sentencia AP 4837 de 2016, en donde se remite al respecto a lo consignado por la Corte Constitucional en la sentencia C 916 de 2002, donde mencionó:

De las características de la regulación de la indemnización de perjuicios que establecen las leyes 599 de 2000 y 600 de 2000, sobresalen tres elementos relevantes para efectos de la determinación de la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal: (i) la indemnización integral de los daños ocasionados por la conducta punible incluye tanto los daños materiales como los morales, como quiera que el objetivo de la reparación es que, cuando no es posible que las cosas vuelvan al estado anterior a la ocurrencia del delito, se compense a las víctimas y perjudicados por los daños sufridos; (ii) la liquidación de los perjuicios ocasionados por el delito se debe hacer de acuerdo con lo acreditado en el proceso penal, como quiera que la acción civil dentro del proceso penal depende de que la parte civil muestre la existencia de los daños cuya reparación reclama y el monto al que ascienden; (iii) cuando no es posible la valoración de los perjuicios, se acude a criterios, tales como la magnitud del daño y la naturaleza de la conducta, puesto que el legislador orientó la discrecionalidad del juez penal frente a este tipo de daños, cuyo quantum sólo puede ser fijado con base en factores subjetivos (Sentencia AP 4837, 2016)

En consonancia con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, con ocasión a una solicitud impetrada por el representante de víctimas y coadyuvada por el Ministerio Público y ante la negativa del Tribunal Superior de Bogotá en conceder la indemnización de perjuicios subjetivados, manifestó en la sentencia SP 3439 – 2015 lo siguiente:

La opinión contraria de la Delegada a la conclusión anterior reedita la equivocación en la cual incurrió el Juzgado de segunda instancia que dictó la sentencia condenatoria, consistente en entender que la discrecionalidad judicial en la fijación del valor de los perjuicios morales subjetivos, con tope máximo de 1000 salarios mínimos legales mensuales en concordancia con el [artículo 97 del Código Penal](#), abarca la declaración de su existencia. Esta se debe probar y, si no, claramente es imposible su reconocimiento y naturalmente su liquidación, dejada por el legislador al prudente juicio del Juez, quien para el efecto está sólo limitado por la naturaleza de la conducta punible y la magnitud del daño moral causado, el cual —como se sabe— se encuentra relacionado con la afectación del fuero interno de las víctimas o perjudicados, por la tristeza, el dolor, la congoja o la aflicción que sienten como consecuencia del delito (Sentencia SP 3439, 2015).

Para mayor claridad, es necesario traer a colación lo mencionado por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia AP 4837 de 2016, en donde hace alusión a las dos clases de daños

morales, dividiéndolos en daño moral objetivado y subjetivado y aclarando que el primero debe ser demostrado por quien lo alega. Al respecto, en la mencionada sentencia se especificó:

A su turno, el daño moral tiene dos modalidades: el daño moral subjetivado consistente en el dolor, la tristeza, la desazón, la angustia o el temor padecidos por la víctima en su esfera interior como consecuencia de la lesión, supresión o mengua de su derecho; y el daño moral objetivado, manifestado en las repercusiones económicas que tales sentimientos pueden generarle, menoscabo cuya cuantía debe ser demostrada por quien lo alega. (Sentencia AP 4837, 2016).

Lo antes mencionado fue adoptado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-344 de 2017 al mencionar:

También por momentos la Corte Suprema ha preferido no interpretar la expresión daños morales como relativa a los inmateriales, sino que ha acudido a diferenciar los daños morales subjetivos de los objetivados, ambos reparables:

La ley penal consagra dos clases de daños: i) los materiales que están integrados por el daño emergente y el lucro cesante y ii) los morales a su vez divididos en objetivados y subjetivados. Los primeros son de contenido patrimonial, mientras que los segundos afectan a la persona en esferas distintas a aquel (Sentencia C-344 de 2017, 2017).

Evidente es entonces que el reconocimiento de los daños morales subjetivados, representan un mecanismo de reparación idóneo para aquellas víctimas que presentan con ocasión de la conducta delictiva, perjuicios en su esfera sentimental y afectiva por afectaciones en su órbita íntima o interna, situación que puede evidenciarse de manera mucho más palpable en los menores de edad, quienes están sometidos a posibles consecuencias como perturbación en su ánimo, sentimientos de dolor, pesadumbre, pena, angustia, desolación, congoja; mientras que los daños morales subjetivados se traducen en las manifestaciones que se presentan con ocasión a los

primeros, siendo evidentes en asuntos como tratamientos psicológicos o psiquiátricos o inclusive, en pérdidas de años escolares por parte de estos.

Ahora bien, siguiendo el derrotero temático propuesto, es necesario ocuparnos del denominado daño a la vida de relación, concepto que evidentemente llama la atención, especialmente porque los menores se pueden ver gravemente afectados por conductas delictivas que deprecian en vulneraciones en esta esfera, además por tratarse de un concepto que se encuentra en construcción, pero que sus lineamientos jurisprudenciales ya han tenido un trasegar bastante importante.

Al respecto, es pertinente determinar que se trata de una afectación en el escenario de los perjuicios inmateriales, más no es un perjuicio moral, cuya resolución debe ceñirse a los lineamientos que al tenor se tienen con respecto al daño en la salud, tal y como lo precisó la Corte Suprema de Justicia al indicar:

Es decir que, en los recursos previstos para resolverse en la presente decisión, las reclamaciones que invocan el daño a la vida de relación se deben abordar con los criterios de la categoría de “daño a la salud”, como en efecto lo aplicó el Consejo de Estado en la sentencia CE, 1 feb. 2016, rad. 48842, donde se solicitaba tasar perjuicios con la referida categoría de daño a la vida de relación (Sentencia SP 1249, 2018).

Es equiparable el daño a la vida de relación con respecto al daño a la salud, ello teniendo en cuenta que en los eventos de afectación del primero, las consecuencias trascienden ineludiblemente a la esfera del segundo; no obstante, se trata de un aspecto que, a su vez, se desliga por completo de los perjuicios morales, por cuanto su afectación no trasgrede la moralidad del menor, sino sus relaciones afectivas, laborales, familiares y sociales, es decir, su vida en condiciones normales.

Con respecto al daño de la vida en relación tenemos que inicialmente se encontraba estrictamente relacionado con el delito de lesiones personales, por cuanto se consideraba que su afectación se deprecaba únicamente del perjuicio ocasionado como consecuencia de afectaciones de índole fisiológica, es decir, daños en el funcionamiento biológico de la víctima;

sin embargo, desde el año 2000, con la sentencia radicada bajo el número 11842 del Consejo de Estado de fecha 19 de Julio, dictamen reiterado por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SP 8854 de 2016 con M.P. Patricia Salazar Cuellar, se determinó que:

La noción de daño a la vida de relación, corresponde a un concepto más abierto que el entendimiento a partir del cual este perjuicio tiene su causa exclusivamente en lesiones personales, eliminando el uso equivalente con el término perjuicio fisiológico, para lo cual se insistió:

[C]on mayor énfasis, en que el daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados "daño a la vida de relación", corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial - distinto del moral ~ es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre. Debe advertirse, adicionalmente, que el perjuicio al que se viene haciendo referencia no alude, exclusivamente, a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, como parece desprenderse de la expresión préjudice d'agrement (perjuicio de agrado), utilizada por la doctrina civilista francesa. No todas las actividades que, como consecuencia del daño causado, se hacen difíciles o imposibles, tendrían que ser calificadas de placenteras.» Puede tratarse de simples actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, o requieren de un esfuerzo excesivo.

(. . .)

Resulta, sin duda, más adecuada la expresión daño a la vida de relación, utilizada por la doctrina italiana, la cual acoge plenamente esta Corporación. Se advierte, sin embargo, que, en opinión de la Sala, no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extrapatrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero extemos, y su relación, en general, con las cosas del mundo. En efecto, se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; aquél que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral (Sentencia SP 8854, 2016).

De esta manera se puede colegir que la afectación a la vida en relación, no solo se puede deprecar con ocasión al delito de lesiones personales, sino que puede ocasionarse con la comisión de muchos otros delitos que vulneren los conceptos de vida en relación, puesto que el daño no se predica del delito, sino de las consecuencias de la conducta delictiva, de manera que

podemos decir que cualquier hecho que cause un sufrimiento intenso y que, por su gravedad, modifique ostensiblemente el comportamiento de quien lo padece, puede causar la mencionada afectación y por ende, se debe propender por su adecuada indemnización.

Según se desprende de lo antes relacionado, el daño a la vida en relación representa un perjuicio de índole inmaterial, pero en todo caso, es distinto al perjuicio moral, puesto que evidentemente, el segundo (perjuicio moral), representa una actividad demostrativa mucho más compleja por tratarse de un asunto de la esfera interna del ser humano y en todo caso, su afectación se puede presumir en los grados de parentesco señalados en el artículo 5° de la Ley 975 de 2005, modificado por la Ley 1592 de 2012, mientras que el primero (daño a la vida en relación), puede ser fácilmente demostrado dentro del proceso por quien pretenda su reconocimiento, elemento imperativo que lo difiere del perjuicio moral, puesto que su reconocimiento dependerá siempre de la demostración del daño. Se trata entonces de un derecho de raigambre fundamental que puede ser afectado por cualquier conducta dolosa o culposa. Vale mencionar lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP 8854 de 2016, en donde diferencia categóricamente el perjuicio moral del daño a la vida en relación, negando al apelante la posibilidad de acceder a la indemnización de este último por no haberlo demostrado al interior de la actuación:

Por ende, si la pretensión de la apelante se concibió con fundamento en el dolor, sufrimiento, desdicha, o congoja que obviamente las víctimas indirectas (hijas y hermanas) de la señora Mariela Giraldo Herrera experimentaron con su muerte, ello constituye el perjuicio moral ocasionado con el hecho punible, que, además, se presume (en los grados de parentesco señalados en el artículo 5° de la Ley 975 de 2005, modificado por la Ley 1592 de 2012), por tratarse del plano psíquico, interno del individuo. Por el contrario, el daño a la vida de relación se refleja sobre la esfera externa del individuo y para probar su existencia, no es dable invocar las mismas nociones, por ser un perjuicio extrapatrimonial diferente, pues, de ser así, se estaría compensando doblemente la misma afectación. (Sentencia SP 8854, 2016)

Tal y como se ha venido mencionando, la conducta delictiva genera la obligación de reparar los daños causados con el injusto, motivo por el cual, es menester del estado garantizar el escenario predilecto en aras de que las afectaciones causadas sean proporcionalmente

indemnizadas con respecto a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido, siendo imperativo por parte del afectado, la demostración del daño a la vida de relación, tal y como se especificó por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia antes enunciada y se reiteró por la Corte Constitucional en la Sentencia C-344 de 2017 en donde dispuso:

Es de anotar que el artículo 94 del estatuto punitivo contempla solamente el deber de reparar los daños materiales y morales. Sin embargo, de conformidad con lo visto, será imperativo también del juzgador penal reconocer aquellos que se producen a la vida de relación, siempre y cuando aparezcan demostrados en el proceso. (subrayas fuera de texto) (Sentencia C-344 de 2017, 2017)

No resulta caprichoso que el estado les imponga a las víctimas el deber de demostrar las afectaciones o daños causados con el injusto, puesto que se trata de una actividad demostrativa en aras de identificar los perjuicios ocasionados para deprecar en una adecuada indemnización de perjuicios que sea proporcional al daño ocasionado. Al respecto, cabe mencionar que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP 5831 de 2016 se remite inicialmente a lo consignado en la Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, concretamente refiriéndose a lo consignado en el artículo 15 del mencionado compendio, en donde manifiesta:

Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima. (Subrayas fuera de texto) (Sentencia SP 5831, 2016).

Evidente se hace entonces, que el derecho internacional de ninguna manera impone una tarifa legal para ponderar los medios de prueba, así como tampoco elimina la exigencia de

aportar pruebas en aras de demostrar los daños ocasionados, situación que es bastante recurrente de parte de los representantes de víctimas. Al respecto, en la misma sentencia antes citada, La Corte Suprema de Justicia aclaró:

Pues bien, la Corte en anteriores oportunidades ha precisado* que la justicia transicional, en aplicación de los principios de buena fe (art. 5 Ley 1448 de 2011) y pro homine, ha flexibilizado los estándares probatorios aplicados a las peticiones resarcitorias permitiendo la verificación del daño a partir de hechos notorios (art. 177 del C.P.C.), juramento estimatorio (art. 211 del C.P.C.), modelos baremos, presunciones y reglas de la experiencia. Con todo, no se ha eliminado la necesidad de demostrar la condición de víctima y el menoscabo padecido con el accionar criminal. (Sentencia SP 5831, 2016)

Evidente se hace que la carga procesal de exhibir las pruebas que demuestren el daño le corresponde indudablemente a las víctimas o sus representantes, afirmación que se realiza teniendo en cuenta que es reiterado encontrar posturas diversas con respecto al asunto probatorio que demuestra el daño causado con el injusto, puesto que algunos expertos en derecho aducen que el juramento estimatorio resulta siendo prueba suficiente para demostrar el mencionado daño causado, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha decantado de manera tajante el asunto y ha establecido que:

No es cierto, entonces, como afirman los recurrentes, que el juramento estimatorio es prueba suficiente del daño, pues sólo constituye un estimativo de su cuantía que debe estar acompañado de prueba sumaria de la existencia de los bienes que se justiprecian para adquirir valor suasorio.

La Sala también ha precisado que el juramento estimatorio hecho por la víctima puede acreditar la cuantía de los daños causados cuando dentro del proceso de Justicia y Paz no se demuestra su monto, pero no suple la prueba del daño, el cual debe evidenciarse con medios de convicción diferentes

* Cfr. CSJ SP16258-2015, SP13669-2015, entre otras.

Sin lugar a dudas, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han decantado el asunto probatorio en el trámite incidental de perjuicios en la Ley 975 de 2005, permitiéndose concluir que la flexibilización probatoria en derecho penal no equivale a la ausencia de prueba.

En ese orden, lo que respecta a los perjuicios materiales, ya se mencionó que es imperativo por parte de quien los alega, la demostración del menoscabo en su esfera patrimonial y el nexo causal entre el delito y el perjuicio. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha reiterado:

Ahora bien, el daño material comprende el menoscabo, mengua o avería padecida por la víctima en su patrimonio económico como consecuencia de un daño antijurídico, es decir, aquel que el perjudicado no tiene el deber de soportar. Este daño debe ser real, concreto y acreditado dentro del proceso, excluyéndose el eventual o hipotético. El artículo 1613 del Código Civil lo categoriza en daño emergente y lucro cesante (Sentencia AP 4837, 2016).

Por su parte, la Corte Constitucional con respecto a los perjuicios materiales ha mencionado:

Con relación a las **compensaciones pecuniarias**, la Corte IDH ha sostenido que ésta procede por dos conceptos: el “daño material” y el “daño inmaterial”. Según dicho tribunal, el daño material abarca “la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso (Sentencia C-344 de 2017, 2017)

Como se hizo visible, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, se remiten claramente a lo preceptuado en el artículo 1613 del Código Civil, el cual refiere que los daños materiales se dividen en (i) Daño emergente y (ii) Lucro cesante, por lo que es necesario entrar a establecer todos los aspectos que comportan dichas figuras y determinar los elementos diferenciadores con respecto a los menores de edad.

Con respecto al daño emergente se menciona:

Básicamente consiste en el perjuicio sufrido en la estructura actual del patrimonio, bienes perdidos o su deterioro, que en todo caso, aun bajo el principio de flexibilidad probatoria que aplica

en los procesos de justicia transicional, por regla general, debe ser probado para accederse a su reconocimiento. Así, la jurisprudencia ha admitido como medios de prueba para su cuantificación el (i) hecho notorio, (ii) juramento estimatorio, (iii) modelos baremos, (iv) presunciones, o (v) reglas de la experiencia.

Tal y como se indicó con precedencia, el juramento estimatorio sirve únicamente para estimar la cuantía del daño, pero resulta insuficiente para probar el perjuicio causado, aspecto que en todo caso, deberá ser demostrado por quien lo solicite.

Así las cosas, en los eventos en que se establezca que la víctima demuestre el daño emergente causado, se deberá entonces proceder a la indemnización de perjuicios, cuyo reconocimiento deberá ser indexado a la fecha de la correspondiente sentencia. Resulta necesario indicar igualmente que cuando existen víctimas menores de edad, se reitera, no existe un elemento diferenciador que haga valer su carácter especial al momento de reclamar perjuicios con ocasión del injusto.

Siguiendo con el tema del daño emergente, con el paso de los años, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en afirmar que entre ellos se encuentran los gastos fúnebres generados con ocasión del delito de homicidio, mismos en los que incurren los familiares y allegados de la víctima directa como consecuencia de la acción criminal ejecutada, gastos que deberán ser reconocidos en el trámite, pero que, en todo caso, su reconocimiento deberá ser calculado en términos, no de equidad, sino acorde con la cuantía media reconocida con respecto a los demás reclamantes presentes en el trámite incidental, esto teniendo en cuenta que, generalmente, en el trámite de reclamación de afectaciones propio de la Ley de Justicia y Paz, se presentan varios afectados cuya reclamación se sustenta en la misma conducta delictiva, pero en víctimas directas distintas, motivo por el cual, la Corte Suprema de Justicia ha consignado en la sentencia SP16258-2015 lo siguiente:

Dentro de dichos lineamientos, para efectos del reconocimiento y liquidación del daño emergente con ocasión de los gastos funerarios a que se ven avocadas las víctimas indirectas en los casos de homicidio, necesariamente ha de acudirse a la regla jurisprudencial contenida en múltiples fallos de esta Sala y del Consejo de Estado, según la cual debe presumirse, en los casos de homicidio, que existió un detrimento patrimonial mínimo consistente en los costos funerarios a los

que se vieron obligadas las víctimas indirectas, expensas que emergen directamente del crimen perpetrado y que deben ser reparadas por el victimario.

Oportunidad, en la cual para su cuantificación se acudió no al criterio de equidad, sino a la cuantía media de la reconocida por la autoridad judicial en los casos donde se acreditó su monto.

Posición que se reiteró en CSJ SP12180-2016, donde no sólo se llamó la atención sobre el anterior precedente, sino en el radicado 35637 del 6 de junio de 2012, momento en el cual la Colegiatura empezó a dar visto bueno a su procedencia conforme con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino para que se tuviera en cuenta la fuerza vinculante del precedente a fin de que, salvo en casos donde el juzgador de forma reflexiva exponga sus motivos de disenso para apartarse de la línea, accediera favorablemente a este tipo de pretensiones.” (Sentencia SP 16258, 2015)

Continuando con los perjuicios materiales, ahora nos ocuparemos del denominado lucro cesante.

Podemos afirmar entonces que dicho criterio ha tenido igualmente un amplio panorama en lo que respecta a las providencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, pero primero, haremos una conceptualización del término para proceder a determinar cuáles aspectos resultan atinentes al tema de menores de edad víctimas del conflicto armado.

El lucro cesante es entendido como aquella utilidad que dejó de percibir la víctima directa con ocasión a la conducta delictiva, es decir, se encuentra representado en las víctimas indirectas del injusto, siempre y cuando logren demostrar la dependencia económica con respecto a la víctima directa. Cabe anotar con respecto a este ítem indemnizatorio, que los preceptos para su reconocimiento se deben ceñir a la demostración efectiva de la dependencia, por lo que su consolidación generalmente se suscita con respecto a esposos, compañeros permanentes, hijos y padres, pero claramente sus previsiones se extienden a otros que demuestren su incapacidad de valerse por sí mismos y su dependencia económica del sujeto pasivo de la conducta punible.

La Corte Suprema de Justicia, ha mantenido una postura según la cual, las personas que no acrediten el parentesco con respecto a la víctima directa, no se puede presumir su filiación, mucho menos cuando estamos en el escenario de la Ley de Justicia y Paz, en donde no se dirimen controversias que son propias de la justicia ordinaria, imponiendo al fallador la obligación de no

practicar pruebas de ADN con respecto a víctimas que no son reconocidas como hijos del causante, puesto que, se insiste, la Ley 975 no se creó con dicho objetivo, máxime cuando las personas pretenden obtener indemnizaciones simplemente con la presunción de su parentesco, sin siquiera aportar el acervo probatorio suficiente para demostrar el menoscabo, por lo que es necesario de parte de las víctimas acreditar su vínculo consanguíneo con el causante y además, demostrar la afectación, punto en el que se ha insistido suficientemente. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP 418 de 2020 ha indicado:

En efecto, la Corte ha sostenido de forma reiterada y pacífica que no es dable reconocer la reparación a aquéllos reclamantes que se anunciaron como hijos pero que no fueron reconocidos como tal al momento de su registro, y de quienes, incluso, el Tribunal optó por supeditar la pretensión indemnizatoria a los resultados de pruebas de ADN, pues deben acudir al proceso de filiación regulado en la Ley 75 de 1968, modificada por la Ley 721 de 2001 y recientemente, el Código General del Proceso. (Sentencia SP 418, 2020)

Para la Corte Suprema de Justicia, el Lucro Cesante es entendido como:

La utilidad, ganancia o beneficio dejado de percibir con la conducta punible, que se calcula, según las pautas establecidas por el Consejo de Estado*, con fundamento en el ingreso promedio mensual de la víctima directa, que de no probarse cosa distinta, se presume en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para la época de los hechos† debidamente actualizado a la fecha de la sentencia de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$Ra = \text{salario indicado} \times \frac{\text{IPC final}}{\text{IPC inicial}}$$

Cifra que se incrementa en un 25% por concepto de prestaciones sociales, pero a la vez se disminuye en igual proporción en razón de los gastos personales, de cuyo resultado se obtiene lo que se denomina renta actualizada.” (Sentencia SP 16258, 2015)

* Entre otras decisiones en CE, 26 Feb. 2015, Rad 28666, 28 Agos. 2014, Rad. 26251, 28 Ago. 2014 Rad.27709.

† Cfr. CSJ SP 27 Abr. 2011. Rad. 34547

Para aclarar el elemento presuntivo del lucro cesante, es necesario afirmar, según se desprende de la anterior providencia, nunca se puede presumir la afectación causada con el injusto, lo que se presume es la cuantía de esta cuando no se ha logrado demostrar su monto, pero siempre se debe evidenciar en el proceso la causación de la afectación por parte de quien la alega.

El Salario devengado de parte del causante tiene asidero precisamente en la tasación del monto que servirá de sustento para estimar el valor que las personas que demuestren dependencia, eventualmente dejaron de percibir con ocasión del injusto. En este punto, debemos precisar que, para acreditar la calidad de víctima indirecta del injusto, es necesario traer a colación los siguientes elementos:

Para acceder a la reparación material por lucro cesante de la esposa, o compañera permanente, bastará para la demostración del vínculo, la aducción al proceso de cualquier medio probatorio que dé cuenta de su existencia bajo el principio de libertad probatoria, por ejemplo, testimonios o declaraciones juradas o registros civiles de matrimonio. Y para la liquidación de la indemnización correspondiente, se considerará el tiempo durante el cual hubiese permanecido la relación marital a raíz de la expectativa de vida del mayor de la pareja, acorde con la Resolución número 1555 de 2010 de la Superintendencia Financiera que actualiza las Tablas de Mortalidad de Rentistas Hombres y Mujeres.” (Sentencia SP 16258, 2015).

Por su parte, en lo que respecta a los menores de edad, la Corte Suprema de Justicia ha consignado:

En el caso de los hijos, se requerirá la incorporación de los respectivos registros civiles de nacimiento de los descendientes toda vez que de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, es la prueba conducente para indicar que quién reclama ese derecho ostenta la condición de descendiente” (Sentencia SP17091, 2015)

Se hace notorio entonces que demostrar el parentesco resulta siendo fundamental en aras, primero del reconocimiento de la calidad de víctima, tal y como se arguyó en apartes anteriores y, además, para la correspondiente indemnización de perjuicios ocasionados con el injusto.

Según se desprende de lo analizado, en los eventos en que se haya incorporado al proceso el elemento de prueba necesario para demostrar el parentesco, debe el juez o magistrado de instancia valorar dicha probanza, en aras de acceder a las pretensiones indemnizatorias del solicitante, por lo que es necesario indicar que igual situación sucede con respecto a los hijos concebidos durante el matrimonio, pero nacidos con posterioridad al hecho, momento en el que se presume la paternidad con respecto al causante, ello por cuanto a que el reconocimiento de la paternidad de la víctima directa resulta siendo un imposible, pero igualmente, el menor ostenta un carácter especial de protección que debe ser asumido por el estado. Al tenor de lo consignado por la Corte Suprema de Justicia, es necesario recordar que dicho órgano judicial dispuso:

Bajo ese supuesto, en los casos donde se haya incorporado al expediente dicha probanza y de ésta se confronte la condición de hijo, se accederá a la pretensión indemnizatoria. Igualmente cuando se trate de hijos póstumos, es decir, concebidos durante el matrimonio pero que nacieron con posterioridad al hecho delictivo, donde se dará aplicación a la presunción de paternidad regulada en el artículo 1º de la Ley 1060 de 2006, modificatorio del artículo 213 del Código Civil, según el cual “El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad”, al resultar un imposible el reconocimiento voluntario de paternidad por la víctima directa, lo cual en todo caso, estará sujeto a valoración de las pruebas aportadas para demostrar la existencia los presupuestos normativos pertinentes.

La necesidad de remitirse al Código Civil ya es frecuente en el tópico de la presente investigación, esto toda vez que, se insiste, el trámite de reclamaciones en el escenario de la jurisdicción especial y en la justicia ordinaria, es un asunto cuyo tratamiento normativo y jurisprudencial en lo que respecta a sus elementos sustanciales y estructurales, corresponde por antonomasia a las previsiones que para el efecto se consignan en el estatuto civil. Cabe destacar que la jurisprudencia transcrita hace una especial excepción a la regla general, al mencionar que los hijos (niños, niñas y adolescentes) concebidos en el matrimonio o en la unión marital de hecho, mas no reconocidos como tal por sus padres con ocasión a su eventual desfallecimiento, genera la consecuente obligación del fallador de presumir su parentesco, ello ante la imposibilidad de acreditarlo en debida forma por la muerte del padre víctima directa del hecho delictivo.

Claro es entonces que el lucro cesante se calcula con base al ingreso promedio mensual de la víctima directa o causante, cifra que se presume en igual porcentaje que la percibida como salario mínimo legal en caso de no demostrarse lo contrario, monto que según las previsiones del Consejo de Estado, deberá incrementarse en un 25% en razón a las prestaciones sociales, pero que deberá igualmente disminuirse en igual proporción en atención a los gastos personales en los que eventualmente hubiese podido tener la víctima, generando lo que se conoce como renta actualizada. La renta actualizada representa entonces el monto sobre el cual se devienen los reconocimientos por concepto de indemnización de perjuicios materiales por lucro cesante, tal y como lo especificó la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SP 19797 de 2017, en donde adujo:

La renta actualizada se usa para tasar el monto que hubiera aportado la víctima a cada persona que demuestre dependencia económica, bien porque el vínculo, grado de parentesco y/o edad obligaban al fallecido a la manutención del reclamante, esposa/o, o compañera/o permanente, hijos menores de edad, o porque se demostró tal circunstancia cuando se aduce frente a padres u otros familiares sin capacidad de valerse por sí mismos.

“luego la renta actualizada se divide en dos porciones de 50% entre quienes se presume la dependencia económica; la primera para su cónyuge, compañero o compañera permanente y la otra para los descendientes. Estas sumas a su vez, se fragmentarán en el número de personas que acrediten dichas condiciones y comparezcan en debida forma al proceso judicial, siendo el resultante de dicho ejercicio la renta actualizada por cada uno de los beneficiarios (Sentencia SP 19797, 2017).

Una vez realizadas las operaciones matemáticas relacionadas, se procede a liquidar el lucro cesante consolidado y futuro. En cuanto al primero, se tasa hasta el momento de proferirse el respectivo fallo, mientras que el segundo se encuentra sujeto a la expectativa de vida de los solicitantes. La mencionada sentencia igualmente dijo:

En ese sentido, “cuando se trata del cónyuge o compañero permanente, a consecuencia del tiempo durante el cual hubiese permanecido el vínculo marital a raíz de la expectativa de vida del mayor de la pareja o, de los hijos, hasta que alcancen la edad de 25 años, siempre y cuando no ostenten una situación de discapacidad.

La edad de 25 años se encuentra sujeta a que los descendientes demuestren dependencia económica hacia sus padres, “siempre que se acredite que se encuentran cursando estudios superiores”, evento en el que, inclusive, puede sobrepasar dicha edad. De lo contrario, se toma la edad de 18 años que es el momento en que los padres tienen la obligación legal de proveer alimentos a sus hijos. (Sentencia SP 19797, 2017).

Se evidencia entonces según las previsiones antes anotadas que, para la Corte Suprema de Justicia, existen dos términos preclusivos para el reconocimiento del lucro cesante con respecto a los hijos. El primero de ellos es el término de 18 años para aquellos que no se encuentran estudiando, mientras que el segundo se extiende hasta los 25 años siempre y cuando se acredite estar cursando estudios superiores, pero en todo caso, el término podrá ampliarse siempre y cuando permanezca realizando estudios superiores y persista la dependencia.

Ahora bien, podemos afirmar que cuando la víctima indirecta es un hijo y la reclamación se predica con respecto a su padre fallecido, el proceso de reconocimiento resulta siendo mucho más expedito, esto por cuanto el fallador deberá limitarse para su tasación en determinar la edad del hijo y el salario devengado por su padre, elementos suficientes para realizar un adecuado procedimiento en aras de reconocer los perjuicios ocasionados; sin embargo, es preciso establecer igualmente que, cuando se invierten los papeles, es decir, cuando la víctima indirecta es un padre o una madre y, la víctima directa del hecho punible es el hijo de estos, su proceso de reconocimiento en lo que respecta al lucro cesante, aparentemente resulta siendo un tanto complejo por la ausencia del limitante temporal relacionado con antelación (18 y 25 años), sin embargo, este asunto ha sido decantado por la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia SP 107-2020, en donde dispuso:

En relación con este aspecto, el Consejo de Estado ha considerado que el reconocimiento de perjuicios materiales sólo es procedente hasta cuando la víctima hubiera alcanzado la edad de 25 años dado que, a partir de ese momento de la vida, la persona decide formar su propio hogar. De igual modo, si a pesar de lo anterior, el padre acredita que dependía económicamente de su hijo por la imposibilidad de trabajar, dicha indemnización puede calcularse hasta la vida probable del padre (Sentencia SP 107, 2020).

Se puede percibir entonces que el asunto relevante para el reconocimiento del lucro cesante en el evento antes mencionado, ya dejó de ser una simple limitante de carácter temporal, en donde el afectado demuestre tener menos de 18 o 25 años para su reconocimiento, sino que se pasó a un concepto cuyo reconocimiento se deriva de la dependencia económica que ostenta el solicitante con relación a su familiar fallecido, motivo por el cual, se puede afirmar con certeza que en el caso precedente, puede el padre reclamar el lucro cesante, siempre y cuando demuestre la dependencia económica, la imposibilidad de trabajar y, obviamente el parentesco, ítem que será calculado según el término de vida probable del padre.

Siguiendo el tópico de las víctimas directas cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, es necesario hacer mención al lucro cesante futuro de estos y su consecuente tratamiento jurisprudencial.

Al respecto, el lucro cesante futuro se encuentra representado en los eventuales ingresos que dejó de percibir la víctima de la conducta delictiva, tal y como se ha venido decantando, no obstante, es necesario recordar que cuando la víctima indirecta es un padre o madre y la reclamación del lucro cesante futuro se realiza con ocasión a la muerte de un hijo menor de edad, dicho reconocimiento no es dable, esto teniendo en cuenta que existen dos presunciones que imposibilitan predicar la existencia real y cierta del daño ocasionado, esto es, primero los ingresos del menor que a todas luces, por no estar trabajando según los criterios de legalidad, resultan absolutamente hipotéticos y, segundo, no existe certeza para determinar que el menor hubiese ayudado económicamente a sus padres, aspectos que en últimas imposibilitan la concesión de este perjuicio. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en un caso similar en donde se solicitaron perjuicios materiales por concepto de lucro cesante futuro, determinó:

En efecto, nada, desde el punto de vista objetivo, permite presumir que las adolescentes, una vez llegaran a los dieciocho años de edad empezarían a devengar, por lo menos, un salario mínimo legal. Más aún, tampoco es dable presumir que una vez estas mujeres comenzaran a percibir alguna suma de dinero por concepto de trabajo, la utilizarían para el sostenimiento de sus madres, lo cual confluye en la ausencia del requisito referido a la dependencia económica que le corresponde acreditar a la víctima indirecta (Sentencia SP 8854, 2016).

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia remitiéndose a lo manifestado por el Consejo de Estado con respecto al tema de lucro cesante cuando la víctima es un menor de edad, ha manifestado:

[La jurisprudencia ha sido pacífica en sostener que en tratándose de la muerte de un menor de edad no hay lugar a reconocer el lucro cesante por unos hipotéticos ingresos del menor, dado que estos son eventuales, a menos que se acredite con grado de certeza la obtención futura de estos ingresos y también que en estos casos están sometidos a la doble eventualidad de que el menor hubiera podido llegar a percibir ingresos y que los destinara a ayudar a sus padres.

Sobre este punto manifestó el recurrente que el estar sometido a una doble eventualidad no impide la indemnización porque de acuerdo con las reglas de la experiencia y teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la familia, se puede inferir que el menor si ayudaría a sus padres, pero en la providencia objeto de apelación no se analizó este aspecto.

Aunque le asiste razón al impugnante al afirmar que el a-quo no analizó las circunstancias particulares del caso, y por lo tanto no le dio valor a la situación de pobreza en la que vivían los padres del menor, circunstancia que aumenta la posibilidad de que éste los ayudaría posteriormente, encuentra la Sala que dicho análisis lejos de contribuir a modificar la decisión, reafirma las razones de la negativa, por cuanto, en el sub judice, el solo hecho de que el menor apenas contaba con tres años y nueve meses y no había ni siquiera iniciado su formación educativa y la maduración de su carácter o personalidad, sitúa la existencia del daño en un grado de probabilidad, que implica para el juez entrar en el terreno de las conjeturas, a efectos de cumplir con el deber legal de reparar todo el daño y nada más que el daño.

Ciertamente, el asunto importante al momento de reconocer el lucro cesante futuro, es precisamente la realidad y certeza sobre la existencia del mismo o la posibilidad de materializarse eventualmente, es decir, no se puede dejar la consolidación del perjuicio en simples especulaciones o conjeturas, sino que este debe estar soportado en un daño cierto para poderse derivar de este una consecuencia jurídica.

Resulta importante mencionar que el código de infancia y adolescencia (Ley 1098 de 2006), reestructuró la forma en que el estado y sus funcionarios, actúan con respecto a los menores víctimas e infractores, toda vez que en su articulado se evidencia que cuenta con tres libros, el primero de ellos haciendo alusión a las disposiciones generales de la norma, el segundo sobre responsabilidad penal de los adolescentes y, por último, un tercero en donde se relaciona la estructura del sistema nacional de bienestar familiar, políticas públicas, inspección, vigilancia y control; sistema normativo que surge en torno a la falta de protección que tenían los menores de edad como expresión máxima del artículo 44 de la constitución nacional, en donde igualmente se evidencia el carácter prevalente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, aspecto que resulta necesario mencionar, ha sido un tema reiterado por parte de la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos que al respecto disponen que los niños, niñas y adolescentes ostentan una especial protección cuando se hace alusión a las víctimas de injustos. Al respecto cabe mencionar que la sentencia C-203 del año 2005, con ponencia del M.P. Manuel José Cepeda Espinoza se dispuso:

Los niños y adolescentes, es decir, los menores de edad, en virtud de su nivel de desarrollo físico y mental –que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Recogiendo este axioma básico, consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 44 de la Constitución Política dispone que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás; al interpretar este mandato, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los menores de edad tienen el status de *sujetos de protección constitucional reforzada*, condición que se hace manifiesta –entre otros efectos- en el carácter *superior y prevaleciente* de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación (oficial o privada) que les concierna. (Sentencia C-203, 2005)

Ya se ha reiterado la importancia del artículo 44 de la Constitución Política de Colombia en los que respecta a la prevalencia que ostentan los niños, niñas y adolescentes en esa calidad proteccionista que se le otorga por parte del estado, estamento que reitera el carácter especial de estos y les otorga

una condición sobresaliente en lo que respecta a sus derechos, elemento jurisprudencial que fue reiterado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-007 de 2018, la cual dispuso, frente al marco de protección constitucional a los niños, niñas y adolescentes frente al conflicto armado

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes son una prioridad en el orden constitucional colombiano. Por esa razón, el artículo 44 Superior estableció que estos son fundamentales y prevalentes en el orden interno*. Además, Colombia es parte de la Convención de los Derechos del Niño, instrumento que desarrolla de forma comprensiva la materia, y prevé el principio del interés superior del niño como guía de toda decisión política y jurídica que les concierna. En concordancia con estas normas, el artículo 13 Superior contempla el deber de prestar protección especial a las personas que se encuentren en condición de debilidad manifiesta o pertenezcan a grupos vulnerables, razón por la cual los niños, las niñas y los adolescentes, es decir, quienes no han alcanzado los 18 años, son sujetos de especial protección constitucional.

El interés superior del niño fue definido por el Comité de Derecho del Niño como un principio, un derecho y un criterio de interpretación. Este se materializa en tomar en consideración la situación fáctica y jurídica de los niños y dar prevalencia a sus derechos en caso de conflictos o colisiones con otros principios.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el interés superior del niño es un concepto “de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad, donde se abandona su concepción como incapaces para en su lugar reconocerles la potencialidad de involucrarse en la toma de decisiones que les conciernen. De esta manera ‘de ser sujetos incapaces con derechos restringidos y hondas limitaciones para poder ejercerlos pasaron a ser concebidos como personas libres y autónomas con plenitud de derechos, que de acuerdo a su edad y a su madurez pueden decidir sobre su vida y asumir responsabilidades”

Como principio, el interés superior del niño implica una caracterización jurídica específica, que consiste en reconocer sus derechos en un contexto de protección integral, como expresión del principio de solidaridad y con la finalidad de garantizar la formación de niños, niñas y adolescentes como personas autónomas y libres; y que vincula a la familia, la sociedad y el Estado. Este principio tiene una connotación *relacional* y *real*, lo que significa que su valoración y aplicación exige tomar en consideración la situación específica de cada niño, niña o adolescente.

El intérprete y el aplicador de las normas que conciernen a niños, niñas y adolescentes, debe tener en cuenta tanto las condiciones jurídicas como las condiciones fácticas, con el propósito de

* En este marco, el artículo 44 de la Constitución Política de 1991, establece que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a un desarrollo armónico; prevé que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás; y señala que la sociedad, el Estado y la familia tienen el deber de protegerlos.

materializar el principio *pro infans*. Estas garantías comprenden (i) el desarrollo integral del niño; (ii) la garantía de las condiciones para el ejercicio de sus derechos; (iii) la protección ante riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio con los derechos de los padres; (v) la provisión de un ambiente familiar apto para su desarrollo; y (vi) la necesidad de que existan razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno-materno-filiales. Las condiciones fácticas, a su vez, se refieren a los elementos materiales que definen la relación de cada niño con su entorno.

Tal y como lo mencionó la Corte Constitucional, el carácter prevalente de los menores de edad, no es mas que una expresión de ese principio denominado *pro infans*.

Igualmente, la aludida sentencia C-203 de 2005, menciona que es deber imperativo por parte del aparato judicial, en donde se incluyen los funcionarios, asegurar el carácter prevalente en todas sus disposiciones, aspecto que no admite situación en contrario teniendo en cuenta que se trata de una regla de carácter imperativo según las disposiciones emanadas por la normatividad internacional acogida por nuestro estado, aspecto que se emana según el mismo artículo 44 de nuestra carta política, en donde se consignó que los niños “gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”; es decir, la misma constitución incluye a nuestro ordenamiento, los mandatos internacionales que propenden por la protección de los derechos de los menores, armonizando entonces con lo dispuesto en el artículo 93 superior, en donde se consagró que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconoce los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. En el mismo sentido, el artículo 19 del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), estableció que “los convenios y tratados internacionales ratificados y aprobados de acuerdo con la Constitución y las leyes, relacionados con el menor, deberán servir de guía de interpretación y aplicación de las disposiciones del presente Código.”. De manera que la jurisprudencia de las altas Cortes que hacen mención a tratados internacionales ratificados por Colombia, resultan imperativos para los funcionarios judiciales y su interpretación de las previsiones allí consignadas representan ley para su actuar. Al tenor de lo antes mencionado, la Corte Constitucional en la sentencia C-203 de 2005 dispuso:

Los principios de protección especial de la niñez y preservación del interés superior y prevaeciente del menor para asegurar su desarrollo integral se encuentran consagrados en diversos tratados e instrumentos internacionales que obligan a Colombia*. Entre ellos resalta la Corte, en primer lugar, la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone en su artículo 3-1 que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; y en el artículo 3-2, establece que “los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 24-1 que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”, en el mismo sentido que el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, y que el artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ordena: “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”. También el Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone que los niños gozarán de especial protección, y serán provistos de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y sana, y en condiciones de libertad y dignidad; para ello, precisa la Declaración, las autoridades tomarán en cuenta, al momento de adoptar las medidas pertinentes, el interés superior del menor como su principal criterio de orientación; e igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25-2, establece que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”, y que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. (Sentencia C-203, 2005)

En igual sentido, con respecto a las normas internacionales ratificadas por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad y específicamente con el tema de los menores víctimas como

sujetos de especial protección estatal, la Sentencia C-007 de 2018 con ponencia del magistrado, dispuso:

En el marco del DIDH, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece en su artículo 38 la obligación de las partes de adoptar todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido *15 años* no participen directamente en las hostilidades. A su vez, el Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados (PFCNDPNCA), también ratificado por Colombia, fue aprobado con el propósito de elevar el rango de la prohibición, cobijando a todos los niños, niñas y adolescentes, hasta los *18 años*.

En materia de DIH, Colombia ratificó los Cuatro Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales de 1977. Ambos protocolos prohíben la participación directa de menores de *15 años* en los conflictos armados y, el Protocolo II, proscribe también la *participación indirecta* de la infancia en las hostilidades.

A su vez, en el ordenamiento jurídico interno, el Legislador ha expedido diversas normas, en armonía con el orden constitucional, destinadas a separar o resguardar a los niños, niñas y adolescentes del conflicto, normas en las que se percibe un fortalecimiento progresivo de la prohibición, así como de las consecuencias jurídicas de estas conductas. Además de las leyes 418 de 1997 y 599 de 2000 –ya mencionadas–, el Código de la Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) establece la protección de todo niño o niña frente al reclutamiento o la utilización por parte de grupos armados.

En relación con todo lo anterior, la Corte Constitucional ha destacado la importancia de las directrices internacionales que constituyen el marco normativo que prohíbe el reclutamiento y la vinculación de niños, niñas y adolescentes, tanto a los grupos irregulares, como a la Fuerza Pública de los Estados.

En la Sentencia C-240 de 2009, la Corporación precisó que estas normas protegen a niños, niñas y adolescentes vinculados a los conflictos armados, al tiempo que ordenan a los Estados adoptar disposiciones internas para erradicar estas conductas. También resaltó que la distinción que existe en ciertas normas internacionales entre *menores de 15* y *menores de 18* no desvirtúa la prevalencia de los derechos de toda persona dentro del segundo rango *en el orden interno*, y recalcó que debe reconocerse la condición de víctimas a los menores que hagan parte de organizaciones armadas al margen de la ley.

No cabe duda, entonces, de que la especial protección de los niños, niñas y adolescentes establecida en la Constitución, la prevalencia de sus derechos, y el interés superior del niño, se proyectan en el ámbito objeto de estudio, en el cual Colombia ha adoptado los más estrictos estándares del derecho internacional para evitar que las personas menores de 18 años participen en los conflictos.

Esta premisa es esencial para el problema jurídico que debe resolver la Sala, pero, contrario a lo señalado por los intervinientes citados, no es la respuesta al mismo. La razón es que, por definición, los beneficios de la Ley 1820 de 2016 recaen sobre conductas **prohibidas** y castigadas penalmente. De otro modo, estos no serían necesarios con fines de reconciliación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.5. del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949.

Por ese motivo, del universo de conductas penalizadas, al momento de determinar las excepciones ilegítimas al deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos y las graves infracciones al DIH, el Legislador ha optado por recurrir al mínimo definido en el marco del derecho internacional. Así, la Corte debe establecer no sólo si el hecho está prohibido internamente, sino si se trata de uno de los crímenes definidos en el ámbito del DPI.

En concordancia con lo antes mencionado, la sentencia C-203 de 2005 ha manifestado que las personas y las entidades, tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor"; y en el artículo 22, precisa que “la interpretación de las normas contenidas en el presente código deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor” (Subrayas fuera de texto) (Sentencia C-203, 2005).

Ahora bien, siguiendo con lo propuesto por la sentencia C-203 de 2005, resulta relevante mencionar que la prevalencia se predica de acuerdo a su condición especial de vulnerabilidad, aspecto que debe ir acorde con los fines constitucionales del estado social de derecho; al respecto, se mencionó en la precitada sentencia que:

La jurisprudencia constitucional colombiana ha precisado en múltiples oportunidades el contenido de los principios de protección especial de la niñez y de preservación del interés superior y prevaleciente del menor. Así, por ejemplo, en la sentencia T-514 de 1998* la Corte Constitucional explicó que el concepto del interés superior del menor consiste en el reconocimiento de una “caracterización jurídica específica” para el niño, basada en la naturaleza prevaleciente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de darle un trato acorde a esa prevalencia “que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad”. Se precisó en la

* M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

misma oportunidad que el principio en mención “se enmarca en los presupuestos del Estado Social de Derecho, desarrolla el principio de solidaridad, propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado”. En igual sentido, en la sentencia T-979 de 2001* se explicó que “...el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño... propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado”. (Sentencia C-203, 2005)

Igualmente, en la aludida sentencia se hace una aclaración con respecto a las decisiones de los jueces de instancia, en aras de darle prevalencia a los derechos de los menores de edad, disposición jurisprudencial que remite a la sentencia T-510 de 2003, misma que evidentemente marca el derrotero sustancial con respecto al carácter de prevalencia de los derechos de estos, en donde se citó:

Más recientemente, en la sentencia T-510 de 2003[†] la Corte explicó que la determinación del interés superior del menor se debe efectuar en atención a las circunstancias específicas de cada caso concreto: *“el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional,[‡] sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”*. Sin embargo, se precisó en la misma oportunidad que ello no excluye la existencia de criterios generales que pueden guiar a los operadores jurídicos al momento de determinar cuál es el interés superior de un menor y cómo materializar el carácter prevaleciente de sus derechos fundamentales en casos particulares. La aplicación de tales lineamientos, proporcionados por el ordenamiento jurídico, se debe combinar con la consideración cuidadosa de las especificidades fácticas que rodean a cada menor en particular, para efectos de llegar a una solución respetuosa de su interés superior y prevaleciente. Según estableció la Corte en la providencia que se cita, *“para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones (i) fácticas –las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados–, como (ii) jurídicas –los parámetros y criterios*

* M.P. Jaime Córdoba Triviño.

† M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

‡ Sentencia T-408 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) En esta sentencia se decidió conceder el amparo de tutela solicitado por una abuela materna en nombre de su nieta, para que se le garantizara a ésta el derecho a visitar a su madre recluida en prisión, puesto el padre de la menor le impedía hacerlo.

establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil-”. Como corolario de lo anterior, se tiene que las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés; lo cual implica también que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección – deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos.

La participación del menor en el conflicto armado no justifica dejar de aplicar los criterios mencionados. Por el contrario, dada su condición de víctimas, se hace aun más necesario respetar el carácter prevaleciente de sus derechos y buscar asegurar el interés superior del menor. Los principios descritos tienen, pues, una importancia crítica para el tratamiento constitucional de los dos temas principales que forman la estructura de esta decisión: la responsabilidad penal de los menores de edad, y el tratamiento jurídico de los menores combatientes.

Ahora bien, en lo que respecta a la presente investigación, resulta necesario mencionar igualmente la Sentencia T-1015 de 2010, expedida por la Corte Constitucional con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, en donde se reiteran los pronunciamientos emanados por el órgano máximo con respecto al interés superior de los menores de edad, aspectos que fueron igualmente tratados en las sentencias previas T-808 de 2006, T-1073 de 2007, C-061 de 2008, todas que disponen:

La jurisprudencia constitucional se ha ocupado en un amplio número de decisiones del alcance y contenido de los principios de *especial protección a la niñez, e interés superior del niño*, definiendo el alcance de diversas cláusulas constitucionales, y recalcando las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, reflejadas en diversos instrumentos, como a continuación se explica:

El carácter prevalente de los derechos de los menores sobre los derechos de los demás se encuentra consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política y en la Convención sobre los Derechos del Niño. Además, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional, lo que implica que la

satisfacción de sus derechos e intereses constituye un objetivo esencial para la sociedad y las autoridades estatales, por lo que la adecuada protección de los niños, niñas y adolescentes debe ser perseguida en toda actuación estatal que involucre a los menores.

El legislador recogió los principales estándares normativos internacionales del interés superior del menor en la Ley 1098 de 2006, prescribiendo diversas directrices para la protección del menor: “Así (...) el artículo 1º dispone que el Código tiene como finalidad “garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad amor y comprensión [y que] prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”; en la misma dirección, el artículo 2º establece como objeto de la ley mencionada “establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes”; los artículos 4º y 6º establecen que las normas del código son de orden público y de carácter irrenunciable, y que las normas constitucionales y de tratados o convenios internacionales de derechos humanos hacen parte integral del código y sirven “de guía para su interpretación y aplicación”; Finalmente, el artículo 9º consagra la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en caso de conflicto con derechos de otras personas.*

La Corte Constitucional ha definido el alcance del interés superior del menor en diversos pronunciamientos. Así, en la sentencia T-514 de 1998 explicó que este principio comporta un reconocimiento de una “caracterización específica” para el niño, basada en la naturaleza prevalente de sus derechos, que impone la obligación de especial protección a la familia, la sociedad y el Estado. En la sentencia T-979 de 2001, agregó la Corte que “el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño (...) propende por el cumplimiento de fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad (...)”.

El contenido del interés superior del menor, y el carácter prevaleciente de sus derechos debe determinarse en el marco de las circunstancias específicas de cada caso, en lugar de entenderse como un mandato abstracto de aplicación mecánica. En tal sentido, en las sentencias T-510 de 2003 y T-397 de 2004 estableció la Corte el alcance de las obligaciones relativas a la identificación y protección del interés superior del menor:

[L]as decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que esté de por medio un menor de edad –incluyendo a las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y a las autoridades judiciales, en especial los jueces de tutela- deben propender, en ejercicio de la discrecionalidad que les compete y en atención a sus deberes constitucionales y legales, por la materialización plena del interés superior de cada niño en particular, en atención a (i) los criterios jurídicos relevantes, y (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al

* Ver, T-397 de 2004; T-2.221.881, próximo a publicarse.

menor involucrado. Para ello, las autoridades deben prestar la debida atención a las valoraciones profesionales que se hayan realizado en relación con dicho menor, y deberán aplicar los conocimientos y métodos científicos y técnicos que estén a su disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisface el interés prevaleciente en cuestión. (Sentencia T 1015, 2010)

Evidente es entonces que, Primero, la Corte Constitucional insiste y reitera pronunciamientos esbozados en sentencias anteriores, en donde hace especial énfasis en la importancia de darle prevalencia a los intereses de los niños, niñas y adolescentes, acogiéndose para tal efecto a las previsiones que al respecto se tienen en los estamentos internacionales, concretamente a lo relacionado en la Convención de los Derechos del Niño, Estamento que fuere ratificado por nuestro país e ingresado al bloque de constitucionalidad, tal y como se dispuso en apartes anteriores y, Segundo, se reitera la línea de pensamiento de la alta corte conforme con la cual, las decisiones de las autoridades que atañen a asuntos de menores de edad, deben propender por la materialización plena del interés superior de los niños, en donde se verifiquen los criterios jurídicos relevantes y la adecuada ponderación de las circunstancias que rodearon los hechos, aspecto que igualmente fuere insistido por la misma corte en la sentencia C-579 de 2013 en donde se menciona que las actuaciones de los funcionarios judiciales “deben propender, como primera medida, hacia la promoción y materialización de (i) su interés superior, (ii) sus derechos fundamentales prevalecientes y (iii) su condición de sujetos de protección jurídica reforzada.” (Sentencia C - 579 de 2013, 2013).

Para efectos de darle claridad a las sentencias relacionadas en el presente capítulo, se relaciona en el siguiente cuadro toda la jurisprudencia analizada por parte de los investigadores

CORTE CONSTITUCIONAL
2005
C – 203. Sentencia más importante con respecto a la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
2006
C – 370. Hace alusión a las víctimas indirectas de la conducta punible y al derecho de reparar a los familiares distintos a los del primer grado de consanguinidad y primero civil, siempre y cuando demuestren la afectación causada.

2007
T – 794. Criterios para determinar el interés superior del menor.
2009
C – 684 (Remite a la T – 510/2003 sobre el tema de prevalencia)
2010
T – 1015. Sentencia importante que relaciona lo atinente al principio de igualdad y la prevalencia que tienen los menores de edad con respecto a los demás. Esta sentencia reitera las sentencias T-518 de 1992, T-408 de 1995, T-514 de 1998, C-1064 de 2000, C-273 de 2003, T-397 de 2004, T-808 de 2006, T-1073 de 2007, C-061 de 2008. Además, remite a las disposiciones consagradas en la sentencia hito o principal C-203-2005.
2012
<ol style="list-style-type: none"> 1. C – 715. Conexión entre reparación y derecho a la verdad. 2. C – 781. Definió de manera amplia la concepción de conflicto armado en nuestro país. 3. C – 052. Es la demostración del daño cierto padecido como consecuencia del delito y no la condición de damnificado o el parentesco lo que determina la calidad de víctima o perjudicado.
2013
<ol style="list-style-type: none"> 1. T – 022. Fiscal titular de la acción penal. 2. C – 579. La reparación no es siempre monetaria. Además, remite a las disposiciones consagradas en la sentencia hito o principal C-203-2005.
2017
<ol style="list-style-type: none"> 1. T – 116. Prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. 2. C – 344. Deber de reparar cuando se pruebe el daño. Daños: a) Materiales: Daño emergente y lucro cesante. b) Morales: Objetivados (de contenido patrimonial) y subjetivados (que afectan a la persona en su esfera emocional)
2018
<ol style="list-style-type: none"> 1. C – 080. Responsabilidad penal de los menores en el conflicto armado. (Remite a la C – 007, sentencia importante que retoma la importancia de la prevalencia de los derechos de los menores. 2. T – 106. El concepto de familia es sustancial y no formal.
2019
<ol style="list-style-type: none"> 1. T – 311. Registro civil de nacimiento necesario para acreditar el parentesco. 2. C – 052. Los menores de edad pueden acudir a cualquier proceso judicial por intermedio de su representante legal (Art 306 C. Civil y artículo 54 C.G.P)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
2012
Radicado N° - 32959.
2013

<p>1. SP – 17 de Abr, Radicado N° 40559. Poder para ser representado en el incidente de reparación integral (hermana), Análisis integral sobre la reparación del menor.</p>
<p>2015</p>
<p>1. AP – 6961. Hijos de crianza. El concepto de víctima es extensivo a otros familiares, sin importar el grado, pero que en todo caso acredite el daño causado.</p> <p>2. SP – 17091. El estado civil se demuestra con el registro civil.</p> <p>3. SP – 3439. Cuando no es posible la valoración del daño, el juez esta limitado a la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño.</p> <p>4. SP – 16258. Lucro cesante.</p>
<p>2016</p>
<p>1. AP – 4837. Verdad como derecho en cabeza de la víctima. (remite a la sentencia hito C – 916/2002 en lo que respecta a la indemnización de perjuicios, la liquidación de estos y establece que cuando no es posible su valoración se acude a criterios como la magnitud del daño y la naturaleza de la conducta). Clases de daños.</p> <p>2. SP – 8854. El daño a la vida en relación no se predica del delito, sino de las consecuencias de la conducta delictiva.</p> <p>3. SP – 5831. La reparación es proporcional al daño sufrido</p>
<p>2017</p>
<p>1. SP – 23 de Nov, Radicado N° 4492. Representación judicial del menor</p> <p>2. SP – 12668. La conducta punible genera la obligación de reparar los daños materiales y morales a quien un lo causa. No basta con demostrar la relación familiar, sino que resulta necesario demostrar l daño causado.</p>
<p>2018</p>
<p>1. SP – 374.</p> <p>2. SP – 1249, Radicado N° 47638. Reclutamiento de menores.</p> <p>3. SP – 374. Indica las modificaciones de le Ley 975. Los miembros de los grupos armados no serán considerados víctimas, salvo en los casos en que los niños, niñas y adolescentes hubiesen sido desvinculados dl grupo armado siendo menores de edad.</p>
<p>2019</p>
<p>1. SP – 036. En los procesos de justicia transicional, las victimas pueden ejercer la representación de manera directa, a través de defensor de confianza o defensor público, incluso por conectivos de abogados</p> <p>2. SP – 2129. Elementos de la reparación.</p>
<p>2020</p>
<p>1. SP – 418. IRI tiene efecto solo para las víctimas que acuden al proceso y demuestre el daño causado. Filiación.</p> <p>2. SP – 120. Dependencia económica del hijo menor de edad.</p>

CONCLUSIONES

El incidente de reparación integral representa una herramienta en aras de indemnizar los perjuicios ocasionados con el injusto, figura que, en todo caso, se tramita con respecto a los perjuicios de conformidad con los lineamientos previstos que para el efecto se consignan en el Código Civil y el Código General del proceso.

Debemos tener en cuenta que en los eventos en que las víctimas no interponen el Incidente de reparación integral, esta situación no representa el desconocimiento de sus derechos o el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, esto teniendo en cuenta que disponen de la posibilidad de acudir al proceso de responsabilidad civil extracontractual ante la jurisdicción civil ordinaria, sin embargo, es preciso indicar que ambas figuras representan formas de obtener la liquidación de perjuicios ocasionados con el injusto, pero, en sus presupuestos sustanciales y procedimentales, ambas figuras cuentan con aspectos en su favor y en contra. Al respecto, el trámite incidental representa un mecanismo más expedito, cuya resolución puede ocasionarse en un menor tiempo con respecto a su par el proceso de responsabilidad civil extracontractual, no obstante, el proceso civil tiene una ventaja bastante representativa y es que éste último permite la interposición de medidas cautelares, mientras que el Incidente de Reparación Integral no lo admite, únicamente permite la inscripción de la demanda en las oficinas encargadas del registro.

El incidente de reparación integral persigue dos objetivos: la posibilidad de obtener el pago de perjuicios causados con la ejecución de una conducta punible y la búsqueda de otros mecanismos restaurativos como obtener la verdad de lo sucedido, el compromiso de no reiteración o repetición del comportamiento, disculpas a la víctima o a la colectividad como formas de restablecer el derecho de una manera simbólica a diferencia de la pretensión indemnizatoria que lo que persigue son prestaciones económicas que satisfagan perjuicios de índole moral o económicos.

El derecho a la reparación y sus similares conocidos como verdad y justicia, tienen asidero evidentemente en normas de naturaleza constitucional y en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; motivo por el cual, nuestra jurisprudencia en

repetidas oportunidades ha acudido a la hermenéutica jurídica en aras de determinar el alcance de los derechos mencionados. Particularmente, en repetidas ocasiones ha acudido a las interpretaciones que al respecto se mencionan en la Convención Americana de Derechos Humanos, concretamente en el artículo 63 numeral primero de dicho compendio, el cual establece que es menester por parte del victimario, reparar las consecuencias de sus actos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada, punto en el que es necesario remitirnos a las disposiciones sobre daños materiales e inmateriales vigentes en el Código Civil y general del proceso.

En la Ley de justicia y paz y en la jurisdicción especial para la paz, existe un trámite para la efectiva reclamación de perjuicios, mismo que trae como exigencia normativa, la adecuada postulación del solicitante en los términos de ley, en donde se haga, como primera medida, el reconocimiento de la calidad de víctima, en donde los menores de edad ostentan una especial prevalencia sobre los derechos de los demás.

En el escenario de la Ley de Justicia y Paz y en la Jurisdicción Especial para la paz, las reclamaciones por perjuicios ocasionados con el injusto, se limitan a los hechos punibles que se ocasionaron al interior del conflicto armado de nuestro país; no obstante, de lo mencionado, no se puede colegir la afectación de derechos por vulneración al principio de igualdad con respecto a las víctimas de conductas delictivas que se ocasionaron al margen del conflicto armado; es simplemente una consecuencia normativa que se deriva de dichos escenarios, puesto que las personas que sufren perjuicios con ocasión a conductas delictivas por actores que no pertenecen a una organización delincencial al margen de la ley y con ocasión al conflicto armado, también tienen derecho a la reparación de los perjuicios ocasionados, pero su ámbito normativo obedece a las previsiones de la justicia ordinaria, punto en el que cabe resaltar que la indemnización de perjuicios se deriva del injusto y su tratamiento normativo se predica según el contexto, ya sea la jurisdicción especial de paz o la justicia ordinaria.

Se ha realizado un estudio pormenorizado de las sentencias relacionadas con el incidente de reparación integral entre los años 2005 y 2020, de donde se ha observado que existen diversas formas de reparación integral a las víctimas del conflicto armado cuando se ha decidido por parte

de miembros de grupos al margen de la ley someterse al tratamiento especial de la justicia transicional, donde los postulados luego de someterse al reconocimiento de los hechos violentos y dar a conocer la verdad de lo ocurrido, pueden obtener un beneficio como contraprestación de su confesión, el reconocimiento de su responsabilidad y la indemnización de las víctimas del conflicto armado.

Para acceder a dichos beneficios contemplados en la ley 975 de 2005 y 1957 de 2019, es necesario que la reparación integral se haga efectiva en el entendido que se cumplan los presupuestos exigidos por la ley y el respectivo tribunal conforme los parámetros de verdad Justicia y Reparación.

Si no se cumplen con las exigencias realizadas por el juez colegiado, no será procedente entonces obtener el beneficio de justicia transicional por parte del postulado, ello porque se pretende en todo momento la satisfacción de las víctimas, de allí que no sea viable delegar funciones por parte de los administradores de justicia a otras entidades para satisfacer los perjuicios que se ocasionaron por parte del sometido al proceso de justicia y paz por aquello de la autonomía de poderes, no obstante, lo que si puede hacer el estado con el propósito de que se satisfagan los derechos de las víctimas es, exhortar a las entidades del estado para que ayuden a satisfacer las necesidades de los afectados. Resulta importante indicar igualmente que existe un elemento similar en las disposiciones consagradas en la ley de justicia y paz y en la justicia especial para la paz, elemento que en definitiva tiene injerencia en los derechos de las víctimas, específicamente en lo que hace alusión a los requisitos establecidos en la Ley para que los postulados sean beneficiarios de los derechos otorgados con ocasión a los acuerdos de paz, puesto que, concretamente en lo que respecta al artículo 10° de la Ley 975 de 2005 y al artículo 42 de la Ley 1957 de 2019, los postulados a la justicia transicional que hayan cometido delitos de sustracción de menores, reclutamiento de menores, delitos de lesa humanidad, genocidio, los crímenes de guerra o privaciones graves de la libertad, tortura, ejecuciones extrajudiciales y los delitos sexuales, todos contra menores de edad, no podrán beneficiarse de las previsiones consagradas en la ley, predicándose entonces la exclusión de dicho escenario transicional y la consecuente condena por parte de la justicia ordinaria. Sin embargo, asalta a la vista que existe todo un compendio normativo en la Ley 906 de 2004, en la Ley 975 de 2005 y en la Ley 1957 de

2019, sin embargo, al hacer el respectivo rastreo de todo el articulado, se evidencia claramente que existen vestigios de prevalencia de los derechos de los menores, pero se puntualiza únicamente en las personas que inciden en ellos, mas no en ellos como víctimas; es decir, las referidas disposiciones traen una serie de apartados normativos que enfatizan en las conductas delictivas contra menores de edad, pero existen pocas previsiones con respecto a los menores víctimas, poniendo en entredicho la prevalencia constitucional que ostentan estos. Para mayor claridad, el incidente de reparación integral previsto en la Ley 906 de 2004, trae un vestigio de prevalencia de las víctimas menores de edad, en el entendido de permitir la oficiosidad cuando el afectado no interpone el trámite incidental dentro del término de caducidad (30 días después de proferirse fallo condenatorio), sin embargo, resulta necesario aclarar que dicha disposición se encuentra inmersa en el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), en el artículo 197, mas no se encuentra en el articulado de la jurisdicción ordinaria, la cual únicamente cuenta con 7 artículos que se refieren al respecto (Arts. 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108 C.P.P.).

Ahora bien, en lo que respecta a la jurisdicción especial, la Ley 975 de 2005, no consagra artículos que hagan alusión al carácter prevalente de los derechos de las víctimas menores de edad, específicamente hablando sobre el trámite de reclamación de perjuicios, mientras que la Ley 1957 de 2019, hace alusión a la reparación de víctimas en el artículo 38, pero remite en lo que respecta a los menores de edad al artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2017, el cual dispone en el párrafo 1° que el sistema integral tendrá un enfoque diferencial con especial protección y atención prioritaria de los niños y niñas víctimas del conflicto armado.

De particular importancia es indicar que la ley 975 del 2005, ha sido objeto de diversos cambios o modificaciones normativas con el propósito de proteger a las víctimas veamos como: el artículo 5to de la Ley 975 de 2005, establece que 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 hubiera dado muerte o estuviere desaparecida». Por otro lado, la Ley 1448 de 2011, en su artículo 3°, dispone: «son víctimas el cónyuge, compañero o compañera permanente, parejas del mismo sexo y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiera dado muerte o estuviere

desaparecida. A falta de estas, lo serán los que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad ascendente». Mediante sentencia C-052-2012, la honorable corte constitucional, dejando sentado que: “el daño moral se presume respecto de los parientes en primer grado de consanguinidad o civil y del cónyuge, compañero o compañera permanente”. Por lo tanto quien pretenda acreditar un perjuicio como víctima indirecta por el actuar de los grupos al margen de la ley sin ostentar dichos parámetros deberá acreditar con el registro civil de nacimiento y con la acreditación de los perjuicios ocasionados los cuales no son nada fáciles de acreditar, pese a existir una flexibilidad probatoria en asuntos de justicia y paz; siendo así, no se ha suprimido la carga de demostrar la calidad de víctima y el detrimento padecido con el actuar criminal.

Analizados dichos presupuestos, se abre la posibilidad de verificar el cumplimiento de factores tales como los perjuicios de orden material determinados como Daño emergente y lucro cesante, para luego pasar a los perjuicios inmateriales relacionados con el daño moral, daño en la vida en relación daño a la salud, de lo cual se observa que, si no se cumplen con la debida acreditación de la afectación, tienden a fracasar las pretensiones de la víctima.

Ahora bien, en tratándose de menores de edad, vale la pena señalar que el trato que estos obtienen procesalmente hablando, es un trato que es prácticamente igualitario respecto al que reciben los adultos en dicho procedimiento de justicia y paz, no obstante, existe un elemento diferenciador, en el entendido que la representación de los menores puede realizarse por el representante legal de los mismos, por un familiar que sea allegado a ellos o cualquier adulto que vele por los intereses del menor, lo que a todas luces busca de esta forma proteger a quien ostente la calidad de víctima como menor de edad.

No obstante existen otras particulares circunstancias que dan a lugar a predicar una desprotección al menor a la hora en que el tribunal omite pronunciarse frente a una petición realizada en pro del menor y la corte en vez de pronunciarse al respecto sobre su viabilidad o no de la reparación, decide declarar una nulidad, lo que a todas luces deja ver una desprotección en la obtención de una eficaz y pronta administración de justicia, así mismo en los casos que existen hijos de crianza que a pesar de acreditar una dependencia económica y un vínculo afectivo, no pueden llegar a ser merecedores del proceso especial de justicia y paz.

Lo anterior nos lleva entonces a resolver la pregunta planteada

¿Los jueces colegiados en la aplicación de la ley de justicia y paz garantizan la reparación integral de niños, niñas y adolescentes?

La respuesta a tal pregunta tiene que ver con la garantía especial que se le deben brindar a los menores para obtener una reparación y la respuesta es que no, porque existe una serie de cortapisas que hacen que el menor no tenga esa prevalencia constitucional que debe obtener a la hora de acudir a la jurisdicción para la salvaguarda de sus derechos.

Encontramos igualmente que no se cuenta en la ley de Justicia y Paz con un criterio diferenciador en cuanto al tratamiento legal y procedimental cuando se verifica que la víctima es un menor de edad, esto con respecto a las reclamaciones que en el mismo sentido realicen los mayores de edad, aspecto que es bastante reprochable, ello teniendo en cuenta que constitucionalmente hablando, a los menores les asiste una especial protección por parte del estado, de manera que su inobservancia solo depreca en vulneraciones en cuanto a los derechos fundamentales que les asiste,

En lo atinente a la reclamación de perjuicios en la Ley 975 de 2005, no es más que una expresión o manifestación de lo consignado en la Ley 906 de 2004 con respecto al Incidente de Reparación Integral, toda vez que sus preceptos sustanciales son similares y devienen de la premisa principal según la cual la conducta punible genera la obligación de reparar el daño, teniendo como únicos aspectos diferenciadores, los elementos procesales inmersos en el trámite.

En lo que respecta al criterio objetivo reiterado por la Corte Suprema de Justicia en aras de reconocer como víctimas a los niños, niñas y adolescentes desmovilizados, en donde específicamente se impone para su reconocimiento, el haberse desvinculado de la organización delincinencial siendo menores de edad, se considera que un precepto que resulta contrario al deber de protección de los menores y a los principios de igualdad y no discriminación, ello por cuanto se estima que la exclusión absoluta representa un flagrante desconocimiento a la gravedad del delito de reclutamiento forzado e igualmente, puede ser interpretado como una inobservancia de los preceptos propios del derecho internacional humanitario, por lo que su aplicación, podemos inferir que, iría en contravía del concepto universal de víctima; esto teniendo en cuenta que la única motivación encontrada para negar el reconocimiento a los adultos desmovilizados pero reclutados siendo menores de edad, no es más que un argumento sin el sustento suficiente que dote de firmeza

la decisión adoptada, puesto que la Corte Suprema de Justicia, al momento de disertar sobre el asunto en cuestión, simplemente se limita a establecer que cuando se sobrepase el límite de la minoría de edad, cambian las circunstancias que le imponen al Estado el deber de especial protección con respecto a estos, sin embargo, esta manifestación no corresponde a un criterio objetivo según el cual se pueda deprecar la no vulneración de los derechos del menor reclutado, esto teniendo en cuenta que, si bien es cierto, se aduce inicialmente que los menores no tienen voluntad al momento de ser reclutados, igual situación se puede predicar cuando estos cumplen la mayoría de edad, esto teniendo en cuenta que existen muchos motivos para que el consentimiento continúe sesgado, ya que no es un secreto que muchos de los actores del conflicto que pertenecieron a los grupos armados al margen de la ley, pueden no conocer otras actividades para su sustento más allá de las ofrecidas en la misma guerra, esto como consecuencia de haber crecido como miembros de un grupo ilegal (recordemos que ingresaron siendo menores) y, por ende, no conocen otras alternativas de subsistencia más allá de las ofrecidas en el marco de la guerra, por lo que definitivamente y como recomendación, debemos afirmar que cada caso en particular deberá ser analizado en su contexto, en aras de asegurar una adecuada reinserción de las personas que por iniciativa propia se desvincularon y desmovilizaron de la guerra, sin distinción en cuanto a la edad para su desmovilización. Objetivamente hablando, el asunto más importante a tener en cuenta por parte del juez o magistrado de instancia debe ser, ni siquiera la edad del reclutamiento, sino el factor subjetivo del consentimiento de este para pertenecer al grupo delincuencia, puesto que es de este factor de donde se predica el vicio en la voluntad, de manera que su reconocimiento debe estar sujeto a la demostración del vicio y no en un factor temporal, eso sí, sometido a la demostración del vicio por parte de quien lo solicita.

Se puede concluir entonces que no resulta equiparable el derecho del menor que siendo menor es reclutado para la guerra, impúber que decide sin ningún tipo de coacción pertenecer al grupo ilegal, con respecto a otro menor que ingresa sin su consentimiento y posteriormente, cuando cumple la mayoría de edad decide desmovilizarse, esto por cuanto resulta evidente que en el primer caso, existe el consentimiento sin coacción, pero con ocasión a que su desmovilización se da antes de cumplir la mayoría de edad, este se hace acreedor a los beneficios consignados en la Ley de Justicia y Paz, mientras que, por el otro lado, tenemos a un menor que ingresa a la organización delincuencia sin su consentimiento, pero no se reconoce como víctima por haberse desmovilizado

siendo mayor de edad, teniendo como único sustento legal para su negativa, la edad de su desmovilización, sin que medie un criterio de protección en favor del desmovilizado y en atención a la realidad deprecada (pleno consentimiento VS consentimiento viciado). La protección especial del menor y su reconocimiento como víctima debería entonces predicarse desde el punto de vista del reclutamiento ilegal, mas no desde el factor temporal determinado según la edad de la desmovilización.

En cuanto al incidente de reparación integral, este surgió con la entrada en vigencia de la ley 975 de 2005, mismo que ha sido objeto de varias modificaciones que lo han llevado incluso a ser denominado como incidente de reparación de afectaciones, nombre que surgió con la ley 1592 de 2012 y a raíz de ello, tuvo una nueva modificación denominada reviviscencia de la ley 975 de 2005. En cuanto al asunto de reparación de víctimas se ha dado una aplicación de distintos criterios normativos, con lo cual se confunde a la persona que debe acudir a la jurisdicción para la protección de sus derechos.

El incidente de reparación integral se encuentra instituido como una forma de resarcir los derechos de las víctimas como consecuencia de la conducta delictiva; sin embargo, se trata de una figura que se encuentra distante de ser considerada eficaz según nuestra realidad social, esto teniendo en cuenta que en nuestro país, las deudas que se adquieren producto de un título valor o como consecuencia de un fallo que resuelve las controversias mediante la exigibilidad de obligaciones de hacer o dar, no tienen la suficiente fuerza vinculante en contra del declarado responsable, motivo por el cual se evidencia que con el paso de los años se incrementa la premisa negativa que dispone que nadie está obligado a lo imposible, premisa a la cual se acogen las personas que son declaradas responsables con el injusto, conociendo que deben pagar la condena proferida en su contra, pero al momento de pagar los perjuicios ocasionado con el injusto, el poder estatal no cuenta con las herramientas suficientes para obligarlos a asumir las consecuencias generadas con ocasión del injusto, por lo que podemos inferir que el trámite incidental, en la forma que se encuentra consagrado, representa una figura eficaz por cuanto se logra el fin propuesto de condenar al condenado a pagar una suma determinada de dinero, mas no es una herramienta prevalente de los derechos de los menores de edad, esto teniendo en cuenta que se tienen vestigios de prevalencia en la ley 906 de 2004, concretamente en lo que atañe a la oficiosidad del incidente de reparación integral, sin embargo, esta aspecto no

representa una prerrogativa clara que permita inferir que los derechos de los menores son prevalentes sobre los derechos de los demás.

Para poderse predicar la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, no basta con la simple manifestación de prevalencia en las disposiciones normativas que atañen a la reparación de perjuicios, por que los ideales en abstracto o las disposiciones superfluas no concluyen en la prevalencia, simplemente someten a los menores víctimas y su reparación a consideraciones propias de los magistrados y jueces que deben adoptar medidas según sus propios criterios, sin que exista al respecto un derrotero procedimental que garantice la indemnización de perjuicios en condiciones, no solo óptimas, sino prevalentes sobre los demás.

Si bien es cierto, en las leyes de justicia especial encontramos una gama bastante amplia de disposiciones que aluden al carácter prevalente y priorizado de los derechos de las víctimas menores de edad, específicamente en lo que respecta a la Ley 1957 de 2019 en sus artículos 18, 20, 38, 52 y 42 y en lo que respecta a la Ley 975 de 2005 en sus artículos 10.3, 64 y 38, resulta evidente que las mencionadas disposiciones centran al menor víctimas como eje fundamental de la justicia transicional, sin embargo, su prevalencia se predica es con respecto al victimario, en donde se le otorgan prohibiciones de ingreso a la justicia especial por actos cometidos contra menores de edad, pero no hace alusión a la reparación prevalente; es decir, sus disposiciones se ciñen con respecto al sujeto que incide negativamente en la vida del menor con una conducta delictiva, pero no se centra en la reparación de este como sujeto de especial protección constitucional; motivo por el cual, podemos afirmar que la prevalencia en la justicia especial es parcial, sin que exista un verdadero enfoque diferenciado más allá de la simple manifestación en la norma. Inclusive, con respecto a las víctimas del conflicto armado, resulta necesario remitirse al contenido previsto sobre el tópico en el documento Conpes 3726 de fecha 30 de Mayo de 2012, expedido por el Departamento Nacional de Planeación, Consejo Nacional de Política Económica y Social, esto con ocasión a lo consignado en el parágrafo 2º del artículo 182 de la Ley 975 de 2005, en donde se establecieron los criterios con respecto a la perspectiva diferencial de los niños, niñas y adolescentes y se les otorgó un carácter especial cuando se verifica que estos son víctimas de injustos cometidos con ocasión al conflicto armado del país; normatividad que a su vez, remite a los lineamientos consignados en la Convención Internacional de los

derechos del niño, en donde se reitera nuevamente el inconveniente normativo, puesto que sus disposiciones llevan consigo todo un derrotero superfluo que no puntualiza en la forma de reparación, puesto que simplemente se limita a consignar que los derechos de los menores son prevalentes, sin existir derroteros que demarquen unos lineamientos concretos y precisos.

En lo que respecta al daño emergente, es claro que para la jurisprudencia no es relevante si la víctima es menor de edad o no, toda vez que la reparación en lo que respecta a este ítem no se encuentra derivada de las cualidades subjetivas del demandante, sino que se encuentra comprendida según los gastos en los que se incurrió con ocasión a la conducta delictiva y su demostración representa un aspecto de vital importancia para su reconocimiento.

En cuanto al lucro cesante, debemos manifestar que se trata de una compensación de índole monetaria que se encuentra ligada a la expectativa de vida y al dinero que eventualmente el menor dejó de percibir, sin embargo, su liquidación puede ser considerada como una simple expectativa, esto teniendo en cuenta nunca vamos a conocer las reales capacidades y aptitudes que tiene la víctima, por lo tanto su tasación obedece a un criterio objetivo que se encuentra alejado de la realidad, puesto que suponemos en todos los casos que el menor hubiese crecido para ganarse el mínimo vital, asunto que debe ser analizado más a fondo por parte de las altas cortes en aras de plantear una solución al respecto.

En un principio, podemos considerar que el Incidente de Reparación Integral cuando existen víctimas menores de edad, es una figura que riñe con el principio fundamental del sistema penal acusatorio conocido como imparcialidad, no obstante, podemos afirmar que la oficiosidad del trámite incidental obedece a criterios supra constitucionales ya que propende por la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y además, el carácter oficioso únicamente se predica con respecto al inicio del trámite, mas no a los aspectos procedimentales inmersos en el mismo, como sucede con la formulación de las pretensiones y el ingreso de las pruebas que sustentan las mismas, aspectos que definitivamente deben ser aportados o allegados a la actuación por la misma víctima o su representante legal.

RECOMENDACIONES

Sería recomendable que el legislador en su capacidad de configuración legislativa, llevara a cabo una unificación normativa dejando de lado la remisión a varios decretos y modificaciones que, como se dijo, hacen más confusa y engorrosa la aplicación del derecho que le asiste a las víctimas, quienes no solo han tenido que sufrir con las consecuencias de un conflicto, los tratos crueles, inhumanos y degradantes por parte de los grupos al margen de la ley, sino que también tienen que cargar con la incomprensión de la norma, a la que deben acudir para la presunta protección de sus derechos y adicional a ello, deben cargar con las interpretaciones subjetivas de los falladores de acuerdo a su comprensión de la prevalencia.

Evidente es entonces que no existen en nuestras disposiciones de la justicia ordinaria y especial, un derrotero procedimental que le otorgue a las víctimas menores de edad ese carácter prevalente que desde la constitución se les ha enfatizado, siendo necesario diseñar un protocolo, no solo hermenéutico derivado de disposiciones complementarias o tratados internacionales, sino que sea aplicativo a todos los casos en donde se avizoren víctimas menores de edad, esto en aras de garantizar su prevalencia en términos de priorización, efectividad, eficacia y prelación de sus intereses sobre los demás.

Con respecto al litigante, se propone aportar a la dinámica interpretativa de la prevalencia de los derechos de los menores de edad, en donde se precise que a estos les asisten derechos más allá de la compensación económica.

En lo que respecta a la doctrina, se propone profundizar en el estudio con respecto a la prevalencia de los derechos de los menores de edad, con un enfoque especial con respecto a la reparación

Tal y como se expuso en apartes anteriores, el incidente de reparación integral es un trámite de naturaleza civil que se adelanta, tramita y decide un juez cuya especialidad es el derecho penal, aspecto que debe ser considerado por nuestro legislador, puesto que la especialidad se

encuentra consignada no solo con la intención de darle un título peyorativo al juez, sino que delimita sus funciones y su área de experticia, por lo que en la práctica, puede suceder que las víctimas se vean vulneradas por la falta de conocimientos del juez que eventualmente decida el trámite de naturaleza civil, de manera que resulta consecuente la posibilidad de pensar en que los trámites inmersos con respecto a la reclamación de perjuicios, sea de conocimiento de un juez que tenga esa especialidad, además de los conocimientos que debe tener al respecto, se considera que esta situación aseguraría la prerrogativa constitucional de un juez imparcial.

Por otra parte, respecto a la protección Constitucional Especial que le asiste a los menores víctimas del conflicto armado, se nota la ausencia de protección por parte del legislador en el entendido de desplazar los hijos de crianza para efectos de obtener una reparación integral, pues se le puso una barrera a los menores que ostentan tal calidad en el escenario de la ley de justicia y paz, negándole el acceso al proceso especial y transicional; existe unos condicionamientos en grado de parentesco para acudir ante el estado a obtener una reparación integral, pero dicha situación desfavorece a los menores de edad que ostentan la calidad de hijos de crianza, al considerar el legislador que no existe la presunción de afecto, lo cual consideramos errado toda vez que puede existir mucho más afecto y cariño por parte de un hijo de crianza, hacia quien ha sido víctima del conflicto armado, que un hijo de sangre. Debería entonces aplicarse la flexibilización probatoria en favor de los menores frente a tales asuntos y una vez acreditado el afecto y la dependencia económica del menor proceder a la reparación integral.

Otra recomendación para los operadores judiciales, radica en la aplicación que se le viene dando a la llamada flexibilización probatoria, que de flexibilización no tiene nada, pues si bien dicha flexibilización probatoria no impide que se debe acreditar el perjuicio causado que no es otra cosa que estar acreditando el daño o perjuicio sufrido, la corte ha sido reacia en dar lugar a la reparación, pese al mismo postulado haber aceptado la comisión del daño o habiendo guardado silencio frente a la acreditación de la víctima, lo que llevaría a generar una reparación de ipso facto, pero la corte ha venido manifestando que no es suficiente las pruebas aportadas por las víctimas, y ha puesto talanqueras que generan desventaja para probar que efectivamente se ha sufrido un daño, por lo tanto no da ningún tipo de peso probatorio a las declaraciones,

recibos y entre otras pruebas que se aportan al plenario indicando eso si que las mismas son insuficientes para acreditar el daño.

En atención a las nulidades que se proponen cuando se observa ausencia de motivación por parte del ad quo en casos donde son víctimas menores de edad, se puede decir lo siguiente: nos encontramos frente a un proceso especial donde el ciudadano sometido al proceso de justicia y paz ha reconocido su conducta ilícita, ha confesado la afectación a la víctima y no tiene reproche alguno frente a las pretensiones planteadas; por omisión, el tribunal no se pronunció sobre el particular petitionado por la víctima que resulta, es un menor de edad, por economía procesal, por protección a los intereses del menor, por concentración y ausencia de contradicción, debería la corte adoptar la decisión en derecho, de encontrar acreditados los perjuicios, y así, evitar el desgaste de volver a remitir el proceso al tribunal para efectos de adoptar una decisión de la que se tiene certeza que va a prosperar por estar acreditada y no existir controversia en el asunto.

Lo anterior demuestra que existen situaciones que se pueden mejorar y darían mayor agilidad y protección a quien verdaderamente lo requiere y que sería un alivio efímero a tanto dolor generado por dichos grupos ilegales.

8. ÉTICA

La presente propuesta se desarrolló con total respeto a los derechos de autor, por tanto, no se realizó ningún tipo de actuación que pudiera reñir con los principios propios de la integridad académica, de manera que se respetaron en todo momento los conceptos ajenos, los cuales fueron citados debidamente, indicando la fuente consultada tanto en las citas textuales como en las citas parafraseadas.

9. Bibliografía

- "Niños de la calle" (Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala, Serie C No. 32, Serie C No. 63, Serie C No. 77 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Mayo de 2001).
- Botero, N. S. (2013). *Incidente de Reparación Integral de Perjuicios en la Ley 906 de 2004*. Medellín: Edileyer.
- Caso Cantoral Benavides (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de Diciembre de 2001).
- Código Civil Colombiano, Ley 84 de 1873 (Congreso de la República 31 de Mayo de 1873).
- Código de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006 (Congreso de la República 08 de Noviembre de 2006).
- Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004 (Congreso de la República 31 de Agosto de 2004).
- Constitución Política de Colombia, Art 44 (Congreso de la República 20 de Julio de 1991).
- Constitución Política de Colombia, Art 94 (20 de Julio de 1991).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (Corte Interamericana de Derechos Humanos 7 al 22 de Noviembre de 1969).
- Justicia Especial para la paz, Ley 1957 (Congreso de Colombia 06 de Junio de 2019).
- Sentencia, C-277 (Corte Constitucional 03 de Junio de 1998).
- Sentencia AP 4837, 35637 (Corte Suprema de Justicia 27 de Julio de 2016).
- Sentencia AP6961, 45074 (Corte Suprema de Justicia 25 de Noviembre de 2015).
- Sentencia C - 579 de 2013, Expediente N° D 9499 (Corte Constitucional 28 de Agosto de 2013).
- Sentencia C - 715 de 2012, Expediente N° D 8963 (Corte Constitucional 13 de Septiembre de 2012).
- Sentencia C 080 de 2018, Expediente N° RPZ-010 (Corte Constitucional 15 de Agosto de 2018).

Sentencia C-052-2012, Expediente D-8593 (Corte Constitucional 08 de Febrero de 2012).

Sentencia C-203, Exp. D-5366 (Corte Corte Constitucional 08 de Marzo de 2005).

Sentencia C-344 de 2017, Expediente N° D-11709 (Corte Constitucional 02 de Mayo de 2017).

Sentencia C-374, 49170 (Corte Suprema de Justicia 21 de Febrero de 2018).

Sentencia SP 107, 48724 (Corte Suprema de Justicia 29 de Enero de 2020).

Sentencia SP 1249, 47638 (Corte Suprema de Justicia 11 de Abril de 2018).

Sentencia SP 12668, SP12668-2017 (Corte Suprema de Justicia 16 de agosto de 2017).

Sentencia SP 16258, 45463 (Corte Suprema de Justicia 25 de Noviembre de 2015).

Sentencia SP 19797, 44921 (Corte Suprema de Justicia 23 de Noviembre de 2017).

Sentencia SP 2129, 54010 (Corte Suprema de Justicia 12 de Junio de 2019).

Sentencia SP 3439, 42600 (Corte Suprema de Justicia 25 de Marzo de 2015).

Sentencia SP 418, Rad 50100 (Corte Suprema de Justricia 05 de Febrero de 2020).

Sentencia SP 5831, SP 5831-2016 (Corte Suprema de Justicia 04 de mayo de 2016).

Sentencia SP 8854, 46181 (Corte Suprema de Justicia 29 de Julio de 2016).

Sentencia SP17091, 46672 (Corte Suprema de Justicia 10 de Diciembre de 2015).

Sentencia SP4936, 51819 (Corte Suprema de Justicia 13 de Noviembre de 2019).

Sentencia T 1015, T 2.520.834 (Corte Constitucional 07 de Diciembre de 2010).

Sentencia T 293 de 2013, Expediente N° T-3720335 (Corte Constitucional 21 de Mayo de 2013).

Sentencia T-106 de 2018, Expediente N° 6.461.089 (Corte Constitucional 23 de Marzo de 2018).

Sentencia T-311 de 2019, Expediente N° T-7.033.234 (Corte Constitucional 14 de Marzo de 2019).

Zehr, H. (2010). *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Estados Unidos: Good Book.