

La presente obra es el resultado de una investigación colectiva realizada por docentes del área de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Programa de Derecho de la Universidad del Atlántico, relacionada con temas actuales del Derecho Penal, desde la dogmática axiológica, la criminología y la política criminal.



ESTUDIOS DE DERECHO PENAL

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL

Dogmática, Criminología y Política Criminal

Mariela Vargas Prentt - Cristina Elizabeth Montalvo Velásquez
Marcela Arellano Velasco - Francisco Borrero Brochero
Marina López Sepúlveda - Katherine Pacheco López
Jairo Antonio Contreras Capella - Lorena Elizabeth Cabrera Izquierdo



ESTUDIOS DE
DERECHO
PENAL

Dogmática, Criminología y Política Criminal

ESTUDIOS DE
**DERECHO
PENAL**

Dogmática, Criminología y Política Criminal

Mariela Vargas Prentt - Cristina Elizabeth Montalvo Velásquez
Marcela Arellano Velasco - Francisco Borrero Brochero
Marina López Sepúlveda - Katherine Pacheco López
Jairo Antonio Contreras Capella

Catalogación en la publicación. Universidad del Atlántico. Departamento de Bibliotecas

Vargas Prentt, Mariela -- Montalvo Velásquez, Cristina Elizabeth -- Cabrera Izquierdo, Lorena Elizabeth -- Arellano Velasco, Marcela -- Borrero Brochero, Francisco -- López Sepúlveda, Marina -- Pacheco López, Katherine -- Contreras Capella, Jairo Antonio.

Estudios de derecho penal : dogmática, criminología y política criminal / Mariela Vargas Prentt, Cristina Elizabeth Montalvo Velásquez, Lorena Elizabeth Cabrera Izquierdo, Marcela Arellano Velasco, Francisco Borrero Brochero, Marina López Sepúlveda, Katherine Pacheco López, Jairo Antonio Contreras Capella. – 1 edición. – Puerto Colombia, Colombia: Sello Editorial Universidad del Atlántico, 2018.

Incluye bibliografía

ISBN: 978-958-5525-37-5 (PDF descargable)

1. Derecho penal-- Colombia 2. Criminología -- Colombia. I. Autor. II. Título.

CDD: 345 E82

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL: DOGMÁTICA, CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

Autoría: Mariela Vargas Prentt - Cristina Elizabeth Montalvo Velásquez

Lorena Elizabeth Cabrera Izquierdo - Marcela Arellano Velasco

Francisco Borrero Brochero - Marina López Sepúlveda

Katherine Pacheco López - Jairo Antonio Contreras Capella

© Universidad del Atlántico, 2018

Edición:

Sello Editorial Universidad del Atlántico

Km 7 Vía Puerto Colombia (Atlántico)

www.uniatlantico.edu.co

publicaciones@mail.uniatlantico.edu.co

Producción Editorial:

Calidad Gráfica S.A.

Av. Circunvalar Calle 110 No. 6QSN-522

PBX: 336 8000

lsalcedo@calidadgrafica.com.co

Barranquilla, Colombia

Publicación Electrónica

Barranquilla (Colombia), 2018

Nota legal: Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros medios conocidos o por conocerse) sin autorización previa y por escrito de los titulares de los derechos patrimoniales. La infracción de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual. La responsabilidad del contenido de este texto corresponde a sus autores.

Depósito legal según Ley 44 de 1993, Decreto 460 del 16 de marzo de 1995, Decreto 2150 de 1995 y Decreto 358 de 2000.

Cómo citar este libro:

Vargas Prentt, M., Montalvo Velásquez, C., Cabrera Izquierdo, L. E., Arellano Velasco, M., Borrero Brochero, F., López Sepúlveda, M., Pacheco López, K. y Contreras Capella, J. A. (2018). *Estudios de derecho penal: dogmática, criminología y política criminal*. Barranquilla: Sello Editorial Universidad del Atlántico

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	15
LA PROTESTA SOCIAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL EN COLOMBIA	23
INTRODUCCIÓN	24
ANTECEDENTES HISTÓRICO- MATERIALES DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL EN COLOMBIA	28
UNA DECISIÓN CONTROVERTIDA.....	32
EL CASO DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL EN COLOMBIA	33
LA POSICIÓN DEL CIUDADANO DEMANDANTE	34
ARGUMENTOS DE LOS INTERVINIENTES EN EL ASUNTO	37
POSICIÓN MAYORITARIA DE LOS MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	42
ANÁLISIS CRÍTICO DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	45
CONCLUSIONES.....	53
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	55

EL ROL DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS INVESTIGADOS EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA: UN ESTUDIO DESDE LA VICTIMOLOGÍA.....	59
INTRODUCCIÓN	60
PERTINENTE AUTONOMÍA Y AMPLITUD DE LA VICTIMOLOGÍA EN COLOMBIA POR LA DINÁMICA DEL CONFLICTO INTERNO ARMADO Y LA APLICABILIDAD DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL.....	62
LA CATEGORÍA VÍCTIMA: UN ESTUDIO DESDE LA EVOLUCIÓN DE LA VICTIMOLOGÍA	71
EL ROL DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS INVESTIGADOS EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA.....	85
CONCLUSIÓN	96
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	97
 EL MENOR VÍCTIMA: PROTECCIÓN INTEGRAL Y PROCEDIMIENTO ESPECIAL	103
INTRODUCCIÓN	104
CONSIDERACIONES PREVIAS.....	105
PROTECCIÓN INTEGRAL.....	109
PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LOS MENORES VÍCTIMAS	114
CRITERIOS PARA EL DESARROLLO DEL PROCESO JUDICIAL	114
PROHIBICIONES DE BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS	118
CONCLUSIONES.....	121
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	121

DERECHO A LA JUSTICIA DE NIÑAS Y NIÑOS EX COMBATIENTES	125
INTRODUCCIÓN	126
DESARME, DESMOVILIZACIÓN Y REINTEGRACIÓN DE NIÑAS Y NIÑOS DE LAS AUTODEFENSAS UNIDAS DE COLOMBIA	130
DE LA LIMITACIÓN DEL RECLUTAMIENTO DE MENORES AL CASTIGO PENAL....	134
LA JUSTICIA TRANSICIONAL COMO ALTERNATIVA AL CASTIGO PENAL.....	139
DEL CASTIGO A LA RESPONSABILIDAD	145
CONCLUSIONES	148
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	152
 DELITO DE FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL: UN ESTUDIO DOGMÁTICO Y JURISPRUDENCIAL	 157
INTRODUCCIÓN	158
ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	159
ESTUDIO Y ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL.....	160
DESCRIPCIÓN LEGAL	160
ESTUDIO ANALÍTICO DEL TIPO PENAL.....	163
TIPICIDAD-ESTRUCTURACIÓN.....	164
ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL	166
SUJETO ACTIVO	167
LA RESOLUCIÓN JUDICIAL Y LA POTESTAD PUNITIVA PENAL FRENTE A LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA Y SUPOSTESTAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA.....	172
DEL DELITO DE FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL FRENTE AL	

IMCUMPLIMIENTO DE LOS ACUERDOS	
CONCILIATORIOS	175
DEFINICIÓN O CONCEPTO DE CONCILIACIÓN	175
DIFERENCIAS Y ASPECTOS COMUNES	
ENTRE EL DELITO DE FRAUDE A	
RESOLUCIÓN JUDICIAL Y FRAUDE PROCESAL	180
LA APLICACIÓN DEL TIPO PENAL DE	
FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL POR	
INCUMPLIMIENTO A FALLOS DE TUTELA.....	181
CONCLUSIÓN	185
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	186
FEMINICIDIO COMO TIPO PENAL	
AUTÓNOMO: UN DEBATE PENDIENTE EN LA	
GARANTÍA DEL DERECHO DE LAS MUJERES	
A VIVIR Y MORIR LIBRES DE VIOLENCIAS POR	
CONDICIÓN DE GÉNERO	189
INTRODUCCIÓN	190
RECONOCIMIENTOS DE DERECHOS	
DE CIUDADANÍA EN LOS AVANCES	
NORMATIVOS, DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES ..	192
AVANCES NORMATIVOS EN MATERIA	
DE DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES.....	194
AVANCES DOCTRINALES	200
AVANCES JURISPRUDENCIALES – <i>IURIS PRUDENTIA</i>	206
CRITERIOS ORIENTADORES PARA	
DETERMINAR SI SE ESTÁ ANTE UN CASO DE GÉNERO .	213
CRITERIOS ORIENTADORES EN	
RELACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO	
JUDICIAL Y LA EQUIDAD DE GÉNERO	213

CRITERIOS ORIENTADORES RELACIONADOS CON LA DECISIÓN JUDICIAL Y LA EQUIDAD DE GÉNERO	214
ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES DEL FEMINICIDIO	214
ASPECTOS SUSTANTIVOS.....	215
ASPECTOS PROCESALES	221
ESTUDIOS DE DERECHO COMPARADO A LA LUZ DE LA NORMATIVIDAD DE COLOMBIA, BRASIL, PARAGUAY Y MÉXICO.....	230
VIOLENCIA DE GÉNERO Y FEMINICIDIO; TRES ESCENARIOS EN AMÉRICA LATINA: MÉXICO, COLOMBIA Y PARAGUAY ...	231
EN LA REALIDAD DE MÉXICO.....	231
EN LA REALIDAD DE PARAGUAY	232
ANÁLISIS COMPARATIVO DEL TIPO PENAL DE FEMINICIDIO EN LA LEGISLACIÓN DE BRASIL Y COLOMBIA DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICO FEMINISTA	232
CONCLUSIÓN	235
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	236
LA POLÍTICA CRIMINAL EN BARRANQUILLA: UN ENFOQUE LOCAL DE LA TEORÍA ECONÓMICA DEL DELITO	245
INTRODUCCIÓN	247
DISEÑO DE LA POLÍTICA CRIMINAL.....	249
POLÍTICA CRIMINAL Y TEORÍA ECONÓMICA DEL DELITO: DE LA PERSPECTIVA GENERAL A LA PERSPECTIVA LOCAL	254
CONCLUSIÓN	270
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	273

LISTA DE ILUSTRACIONES

Ilustración 1.	Fases de la criminalización de la política criminal.....	253
Ilustración 2.	Principales problemas de la justicia limitado acceso de los colombianos al sistema de justicia	263

LISTA DE TABLAS

Tabla 1.	El modelo propuesto por Becker.....	257
Tabla 2.	Indicador de Justicia en el Distrito de Barranquilla (2013 a 2016)	264
Tabla 3.	Indicador de Fortalecimiento Institucional Distrito de Barranquilla (2013 a 2016) ...	266
Tabla 4.	Indicadores de Participación Ciudadana en Distrito de Barranquilla (2013-2016)...	267
Tabla 5.	Población Área Metropolitana de Barranquilla, entre los años 2013 a 2016.....	268

INTRODUCCIÓN

La Universidad del Atlántico, mediante Resolución Rectoral 000747 del 19 de abril de 2018, dio apertura a la “Convocatoria interna para la financiación de publicaciones resultado de la investigación de docentes miembros de los Grupos de Investigación de la Universidad del Atlántico”. Dicho acto administrativo desarrolla políticas institucionales adscritas al plan estratégico orientado a mejorar e incrementar la diversificación de las actividades de investigación, especialmente lo concerniente a la línea estratégica 1 relativo al “Desarrollo de la ciencia, la tecnología, la innovación y las artes” (motor 1: investigación y desarrollo científico) y asociado a los Proyecto 1: “Fortalecimiento de los Grupos de Investigación”; Proyecto 2: “Fortalecimiento de publicaciones científicas”; y Proyecto 4: “Articulación Docencia e Investigación”.

La iniciativa anterior obedece a la implementación del plan estratégico de la Universidad del Atlántico 2009-2019 estructurado en cinco líneas estratégicas, así:

- Línea 1: “Desarrollo de las Ciencias, la Tecnología, la Innovación y las Artes”.
- Línea 2: “Formación Humanística y Científica de Excelencia y Pertinencia”.

- Línea 3: “Relaciones Universidad y Sociedad, Vinculación con el Entorno”.
- Línea 4: “Bienestar Universitario, Democracia y Convivencia”.
- Línea 5: “Modernización de la Gestión Universitaria”.

Fue así que en el marco institucional del citado instrumento de gestión y acatando lineamientos y directrices de la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Centro de Investigaciones “Luis Eduardo Nieto Arteta”, desde el año 2016, el grupo de investigación INVIUS, adscrito al Programa de Derecho de la Universidad del Atlántico, avalado institucionalmente con código COL00017905 y categoría A Colciencias, convocó a los profesores del Área de Derecho Penal del citado Programa Académico mediante invitación escrita, al desarrollo de un proyecto de investigación denominado: “Escenarios de Garantía y Protección Penal en Colombia: un enfoque del Derecho Penal Especial desde la Dogmática Axiológica, la Criminología y la Política Criminal”. En desarrollo de lo anterior, el grupo de investigación INVIUS mediante oficio 051-2016 del 16 de marzo de 2016 invitó a los docentes del área penal vinculados a los grupos de investigación avalados por la Vicerrectoría de Investigaciones, Extensión y Proyección Social de la Universidad del Atlántico; la citada invitación relacionó los ejes temáticos correspondientes al objetivo del proyecto y el cronograma propuesto. Dicho proyecto de investigación fue registrado con código 092016 en el Centro de investigaciones “Luis Eduardo Nieto Arteta”, adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas.

En consecuencia, el presente trabajo de investigación se orientó a propiciar actividades en equipo entre los docentes del área de Derecho Penal, buscando consolidar la gestión investigativa por áreas de conocimiento, dentro del Programa Académico de Derecho y por tanto, se concibe el resultado del esfuerzo de los docentes participantes como el producto de actividades de investigación que se

desarrollaron por parte del grupo de investigación INVIUS en correspondencia con las líneas de investigación declaradas.

Entre esas líneas, tenemos: “Política, Justicia y Gobernabilidad”; “Orden sociedad y conflicto”; “cultura, derechos humanos, paz y postconflicto”; “Lógica, derecho, derecho procesal y argumentación”.

Obedeciendo a la interdisciplinariedad investigativa que se desarrolla en el grupo de investigación, se logró recopilar un documento titulado “Estudios de Derecho Penal: Dogmática, Criminología y Política Criminal”, que representa el compromiso del grupo de investigación por hacer aportes a la ciencia, la tecnología y la investigación jurídica y sociojurídica en distintas especialidades, en este caso, inclinada al escenario jurídico penal.

De ese modo, el texto se compone de 7 artículos y 8 autores, donde los resultados del trabajo de investigación de cada uno, se plasma en forma capitular, explicando el problema, abordando la temática y planteando soluciones, acogiéndose a los estándares de la ciencia jurídica de la investigación.

Inicialmente, la doctorando en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante y especialista en Derecho Penal y Criminología, Mariela Vargas Prentt, presenta un trabajo acerca de la política criminal en Colombia y la protesta social, donde se aborda un profundo análisis de las posiciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, respecto a cómo la protesta social se ha criminalizado a través de la efectiva tipificación penal de determinados comportamientos civiles, de conformidad con lo establecido en la ley de Seguridad y Convivencia Ciudadana. Entre otros temas, se suscita en su trabajo, un nutritivo debate de los derechos fundamentales de expresión, reunión y manifestación pacífica y pública, que a su vez se

cobijan en los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad de la ley penal, en el marco del Estado Social de Derecho

Seguidamente, la Magíster en Derecho, aspirante a Doctora en Derecho, Magíster en Derecho y abogada, docente e investigadora Cristina Montalvo Velásquez, despliega un interesante artículo sobre victimología, titulado “El rol de la víctima en los delitos investigados en la Justicia Transicional en Colombia: Un estudio de victimología”. En él, se encuentra en forma propositiva respecto a la victimología en la justicia transicional, para que sea profundamente ampliada y tenida en cuenta como ciencia, lo cual se sustenta en las indispensables teorías académicas de expertos en la materia, intensificando el debate de la victimología como ciencia o disciplina. En ese mismo sentido, se encuentran, además, el rol de las tipologías victimológicas emergentes del holocausto alemán, frente al rol de algunas tipologías victimológicas ejercidas por las víctimas de los delitos que son tratados por la justicia transicional en el ordenamiento jurídico especial de la Justicia Transicional.

En tercer lugar, la abogada, Doctora en Derecho Penal y Procesal de la Universidad de Sevilla, Magíster y Especialista en la misma área penal y procesal de la misma Universidad, y docente Investigadora Lorena Cabrera Izquierdo, quien ha investigado incesantemente respecto al sometimiento de los menores de edad en la justicia penal, y en temas asociados al derecho penal y procesal, muestra en este recopilado, un artículo dicente enfocado al menor de edad y el procedimiento especial a los que son sometidos en el evento de ser víctimas, titulado “El menor Víctima: Protección Integral y Procedimiento Especial”. En él, se esboza un cuidadoso análisis respecto a las disposiciones generales, los principios orientadores y el procedimiento especial del menor víctima, obedeciendo las disposiciones del Código de Infancia y Adolescencia, expedido en el 2006 mediante la Ley 1098.

En ese mismo orden consecutivo, se halla el “Derecho a la justicia de niñas y niños excombatientes”, lo que a la luz del derecho penal, introduce al estudio de la justicia penal para adolescentes, contempladas en el Código de Infancia y Adolescencia, y a su vez, ilustra la realidad bélica que enfrentó Colombia y que tras la firma de los acuerdos de paz, las ONG, el Gobierno Nacional y Organismos Internacionales, se ocupan de proteger y salvaguardar los derechos de los menores víctimas del reclutamiento de grupos al margen de la ley frente al conflicto en Colombia. En especial tratamiento están los niños y niñas desvinculados a las Autodefensas Unidas de Colombia, lo cual es desarrollado teniendo en cuenta el Derecho Penal, los Derechos Humanos y la Justicia Transicional. Es presentada la investigación por la abogada y Doctora en Paz y Conflictos de la Universidad de Granada, quien también es Magíster en Estudios de Género y Desarrollo de la Universidad Complutense de Madrid, Marcela Arellano Velasco.

Francisco Borrero Brochero, Abogado especialista en Derecho Procesal y Maestro en Derecho Procesal, presenta un elaborado artículo que sobre el delito del Fraude a Resolución Judicial, el cual tituló “Delito de Fraude a Resolución Judicial: un estudio dogmático y jurisprudencial”. Es el quinto de este libro compilatorio. Si bien, no es un delito que doctrinal y jurisprudencialmente desarrollado, se pretende abordar el tema desde una perspectiva dogmática, analizando las posiciones de la jurisprudencia y las precisiones doctrinales al respecto. Es por ello que dentro del artículo, se hace un bosquejo que parte de las primeras manifestaciones jurídicas de este delito en la historia, para luego entrar en el desarrollo del tipo en la actualidad, así como analizar las últimas tendencias político criminales que se evidencian en las reformas introducidas al tipo, propendiendo por la protección del bien jurídico que se busca proteger con la tipificación de esta conducta. De esa manera, resulta imprescindible analizar las sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de

Justicia, sobre todo lo concerniente a la atipicidad del comportamiento cuando el objeto de sustracción al cumplimiento se sustenta en auto o decisión de autoridad judicial avala o aprueba un acuerdo conciliatorio entre las partes en litigio.

En coautoría, Marina López Sepúlveda, Magíster en Género, Sociedad y Políticas. Especialista en Derecho Constitucional y en Derecho Penal y Criminología y Katherine Pacheco López quien es Magíster en Educación, presentan la sexta parte del texto. Son aspirantes a Doctoras en Ciencias Políticas. El título de su trabajo es "Feminicidio como tipo penal autónomo: un debate pendiente en la garantía del derecho de las mujeres a vivir y morir libres de violencias por condición de género", donde se aborda de forma reflexiva el tema del feminicidio, fundamentalmente desde las ópticas del Derecho Penal y de los Derechos Humanos. Asimismo, se encuentra en el artículo las diferencias conceptuales con términos como el femicidio, entre otros. Otro asunto interesante, es el enfoque con perspectiva de género dentro del artículo, tema que se ve evidenciado en la explicación del impacto social que generaron casos conocidos de terribles feminicidios, como el de Rosa Elvira Cely, quien por el cual tuvo impulso el Congreso de la República para hacer autónomo el delito de feminicidio dentro del ordenamiento penal colombiano.

Por último, el doctor Jairo Contreras Capella, Post Doctor en Procesos Sintagmáticos de la Ciencia y la investigación; Post Doctor en Gerencia Pública y Gobierno; Post Doctor en Derechos Humanos; Doctor en Derecho; Maestría en Administración de Empresas, entre otros; Abogado, Economista y Contador Público, aterriza la investigación al plano local. Ilustra dentro de su artículo de investigación, se pone en contexto la perspectiva de la política criminal dentro del Distrito de Barranquilla y su área metropolitana, de conformidad con la Teoría Económica del Delito del tratadista Gary Becker, ganador

del premio nobel de economía en 1992. Es por ello que, dentro de la óptima local, el trabajo con las instituciones encargadas de combatir el crimen en la capital del departamento del Atlántico, resultó trascendental para mostrar los índices y estadísticas que dentro del trabajo se ven reflejados.

LA PROTESTA SOCIAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL EN COLOMBIA

SOCIAL PROTEST AND CRIMINAL POLICY IN COLOMBIA

MARIELA VARGAS PRENTT¹

Resumen

Este estudio tiene como objeto realizar un análisis crítico de la posición de la Corte Constitucional frente a la criminalización de la protesta social mediante la tipificación de algunos comportamientos al tenor de lo dispuesto por la "Ley de Seguridad y Convivencia Ciudadana". Para ello se confrontarán los derechos fundamentales del Estado democrático de expresión, de reunión y de manifestarse pacífica y públicamente con los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad de la ley penal.

Palabras clave: protesta social, política criminal, criminalización, seguridad y convivencia ciudadana.

Abstract

This study aims at a critical analysis of the position of the Constitutional Court against the criminalization of social protest by typing some behaviors according to the provisions of the "Law of Security and Citizen Coexistence." To this end, the fundamental rights of the democratic State of expression, of assembly and of peaceful and public expression of the principles of legality, proportionality and necessity of criminal law will be confronted.

Keywords: social protest, Criminal policy, Criminalization, Security and citizen coexistence.

¹ Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre (Colombia). Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante (España). Máster Di Secondo Livello In Argomentazione Giuridica, Universidad de Palermo (Italia). Doctorando en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid (España). Docente investigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico. Grupos de Investigación Cronotopías e Invius, categoría "A" Colciencias. marielavargasprentt3@msn.com

INTRODUCCIÓN

Desde hace algún tiempo y como resultado de la decadencia del Estado social de bienestar, que afecta a las naciones del mundo, se ha exacerbado de manera brutal el autoritarismo económico provocado por la globalización o encubierto por ella, lo que a su vez ha generado nuevas realidades que en ocasiones desembocan en protestas o reclamos públicos de derechos, las que adoptan diversas modalidades, intensidades y que en la mayoría de los casos reflejan situaciones de creciente conflictividad social².

Esta situación hace que los Estados recurran al Derecho Penal como *prima ratio* al momento de resolver las insatisfacciones de las necesidades básicas de los coasociados, y acuda a las vías institucionales, desatendiendo en muchos casos los límites de su poder punitivo y desbordándose en su represión penal.

...La democracia se inventó, entre otras cosas, para que la gente pudiera protestar libre y pacíficamente. Protestan los súbditos árabes, los gays rusos, los estudiantes chilenos, las chicas de pechos al aire y los trabajadores europeos, y los llamamos "indignados". Pero si lo hacen los labriegos o los pequeños empresarios agrícolas colombianos (que sostienen a 9 millones de personas), se convierten en "subversivos". Para ellos están reservados el despojo sin derecho a queja, el desplazamiento en silencio, la resignación secular... O, en el extremo de la desesperación, la errada vía de las armas...

Fedesarrollo señala que en los últimos años bajó la pobreza del país, salvo en el área rural, donde aumentó la indigencia y persiste en forma alarmante la miseria. Por eso protestan los campesinos.

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia dónde va el poder punitivo*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2009, p.33.

Si usted fuera campesino, seguramente también estaría gritando en una carretera.

Celebremos que –descontados desmanes condenables– esta vez nuestros cultivadores se rebelen y se hagan sentir³.

Este tipo de protestas se ha convertido en un lugar común⁴, pero en todo caso no solo las hacen los campesinos, sino también, los indígenas, los estudiantes, los maestros, los usuarios de los servicios públicos, entre otros.

En este orden de ideas, en algunos países europeos y latinoamericanos, no siendo la excepción Colombia, se implementaron y se siguen implementando regulaciones jurídico-penales, tendientes a “contrarrestar” este lamentable y desesperante estado de cosas; lo que se traduce en las constantes reformas de las leyes penales, con un marcado énfasis en las normativas de seguridad, sin que las mismas se respalden en investigaciones criminológicas serias que justifiquen la huida hacia el derecho penal, donde sobresale la perversidad del aparato estatal, que busca en el permanente recurso de la legislación penal, una aparente y fácil solución a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico lo que debía resolverse en el nivel de lo instrumental, especialmente en el ámbito de la política social y su correlativa justicia social.

De tal manera, se consagró la criminalización de la protesta social al tenor de lo dispuesto en los artículos 44 y 45 de la Ley 1453 de 2011⁵, que adicionó al artículo 353 A (“Obstrucción de vías públicas que

3 SAMPER PIZANO. Daniel. Si usted fuera campesino. En: Eltiempo.com. Bogotá. 25 de agosto de 2013 [En línea]. Disponible desde Internet en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13011986> [Consultado:1-07- 2015]

4 SALUD [Sección] Minsalud y Defensor del Pueblo chocan por cifras de tutelas en salud. En: Eltiempo.com. [En línea] [29 de agosto de 2015]. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/salud/reacciones-por-presentacion-de-cifras-de-tutelas-en-salud/14440477>.

5 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1453 de 2011.

afecten el orden público”) y modificó el artículo 353 (“Perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial”). Disposiciones que fueron demandadas ante la Corte Constitucional, Tribunal que en Sentencia 742 de 20116 descartó la acción de inconstitucionalidad incoada, legitimándose con ello la intromisión del Estado en una esfera antes vedada, pues mediante la represión penal se busca suprimir un derecho legítimo a quienes reclaman por algo no satisfecho; o sea, que se dirige a un sector social en particular, quien con su comportamiento provoca o intenta provocar el funcionamiento de las instituciones estatales, ya que la protesta social en nuestro medio no busca o pretende derrocar ningún gobierno, sino que el Estado cumpla satisfactoriamente con las correspondientes demandas sociales.

Sobre este particular, vale la pena resaltar que problemáticas sociales y jurídicas como las referenciadas no son exclusivas de Colombia, sino que invaden otras latitudes, pero con diferentes matices, tal como actualmente sucede en España con la Ley Orgánica 4 de 30 de marzo de 2015, normativas que tiene en común castigar la pobreza, la solidaridad y la protesta social. En el país ibérico entró a regir el día 1 de julio de 2015, la denominada “Ley Mordaza”.

En España entró hoy en vigor la llamada “Ley Mordaza” una de las leyes más protestadas y criticadas por la ciudadanía. Un día antes de su entrada miles de personas de 30 ciudades salieron a llenar las calles para rechazarla. Convocada por la Plataforma <<No somos delito>>, en Madrid la marcha transcurrió sin incidentes. A medianoche en el momento que entrara en vigor la gente permaneció amordazada y en silencio delante del Congreso en señal de desobediencia. A partir de hoy, será infracción grave protestar frente a instituciones públicas, montar barricadas e impedir desahucios y

⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-742 del 26 de septiembre de 2012. MP. María Victoria Calle Correa.

difundir imágenes y datos de agentes de seguridad, todo esto se penará con multas entre seiscientos a treinta mil euros.

Acampadas de movimientos como Okupa en 2011 o escalar edificios como lo hace Greenpeace se penará entre cien y seiscientos euros. La <<Ley Mordaza>> modifica también la ley de extranjería y legaliza las denominadas devoluciones en caliente de inmigrantes... la cuenta atrás se acabó entró en vigor esta ley impuesta por el Gobierno pese al rechazo del resto de partidos y de un amplio grupo de organizaciones sociales.

Ni las movilizaciones, ni los recursos ante el Tribunal Constitucional ni las críticas de organismos europeos lograron frenarla⁷.

Son sorprendentes los puntos de convergencia de la citada ley española y de la Ley 1453 de 2011, pero paradójicamente la nombrada ley europea tiene mayores tentáculos que la nuestra cuando de represión a la protesta social se trata, pero se identifican en los mecanismos utilizados por quienes detentan el poder político para lograr sus pretensiones de control social formal.

El gobierno, gracias a su mayoría absoluta, consiguió la aprobación de estas leyes en tiempo record haciendo oídos sordos a la crítica de ONG, movimientos sociales, a la UE e, incluso, a la ONU.

Las voces críticas con este trío de <<mordazas>> están preocupadas porque en España se sustituya el principio de culpabilidad por criterios de peligrosidad indeterminados, se introduzca la penalización de la difusión de mensajes a través de las redes sociales y se intente frenar nuevos tipos de protestas pacíficas, como las

⁷ ANTÍA CASTEDO. España: Qué son las "devoluciones en caliente" y por qué son tan polémicas. En: BBC Mundo: [En línea] [16 de septiembre de 2014]. Disponible en: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/09/140915_devoluciones_caliente_espana_ac.

movilizaciones contra desahucios. Pero, además, denuncian que el Gobierno legaliza las devoluciones en caliente de inmigrantes en la frontera, aprueba los registros de pasajeros y amenaza la libertad de información⁸.

En todo caso, cualquiera que sufra una injusticia puede irrumpir en una calle, una ruta o una vía para ejercer su derecho a protestar. No obstante, podría decirse que no hay derechos absolutos. En tal sentido, se estima que la expresión es defectuosa. Lo adecuado sería decir: si bien es cierto, que toda persona que sufre una injusticia tiene derecho a la protesta, también lo es, que su derecho a protestar no la habilita a ejercerlo siempre de igual modo ni en la misma medida. Lo anterior, no significa que para resolver justamente los casos particulares el Estado deba criminalizar tales actitudes o comportamientos como lo ha resuelto el Legislador colombiano.

ANTECEDENTES HISTÓRICO-MATERIALES DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL EN COLOMBIA

Colombia es un país desigualitario en muchísimos aspectos y la justicia social no es la excepción. Las personas tienen garantizados sus derechos y necesidades de acuerdo y de manera proporcional a sus ingresos y recursos económicos, de tal manera que los sectores de la población más vulnerables no cuentan con el respaldo o acompañamiento del Estado para enfrentar las constantes injusticias a las que están sometidos en contraste con lo que en cualquier sociedad es un área de suma y vital atención e importancia para mantener el equilibrio y la armonía social.

8 AL. ATLAS. El Gobierno impone su 'trío de mordazas': seguridad ciudadana, código penal y ley antiyihadista. Madrid. En: Diario 20 Minutos. 26 de junio de 2015. Disponible en: <http://www.20minutos.es/noticia/2414834/0/trio-mordazas/aprobacion-final/claves/>.

En tales circunstancias, el Estado y su sistema penal en vez de propender por la confianza y promover la prevención social más que la represión y el castigo, se empeña en agravar los conflictos sociales, creando o agudizando un nuevo estado de cosas mediante el ejercicio exagerado del *ius puniendi* del que es titular.

De igual forma se colige que en Colombia no existe una verdadera política criminal. Se debe apostar a la coherencia de esta con la Constitución, los Pactos Internacionales de los Derechos Humanos y obviamente con la legislación penal interna, abogándose desde luego por un derecho penal mínimo que solo debe consagrar,... conductas típicas que atenten contra los bienes jurídicos más importantes. O sea, que la política criminal debe impulsar la restricción del derecho penal y,... propender por la educación como una medida efectiva contra el delito sin olvidar que la sociedad demanda seguridad pero no cognitiva o simbólica sino una seguridad relacionada con una adecuada distribución de los derechos, deberes y servicios...⁹.

En este orden de ideas, la “Ley de Seguridad Ciudadana” (Ley 1453 de 2011) no es nada nuevo en Colombia, se podría afirmar que es la prolongación del extinto “Estatuto de Seguridad Nacional” que surgió en vigencia de la derogada Constitución Política de 1886, cuerpo normativo que rigió entre los años 1978 y 1982 durante el mandato de Julio César Turbay Ayala; posteriormente revivido con mayor fortaleza por la política de “Seguridad Democrática” del largo periodo presidencial de Álvaro Uribe Vélez, entre los años 2002 a 2010, cuyos parámetros han de algún modo, continuado rigiendo en el Gobierno de Juan Manuel Santos Calderón, con el surgimiento de medidas tan polémicas, lesivas e impopulares como la reelección

⁹ VARGAS PRENTT, Mariela. El principio de legalidad en la política criminal. Bogotá: Leyer, 2014. p. 268.

presidencial, la reforma al fuero militar, la entrada en vigencia de los Tratados de Libre Comercio con Estados Unidos y Europa, “El Plan Consolidación” y “El Plan Espada de Honor” para combatir a los grupos armados o subversivos que han existido en Colombia desde hace más de 50 años.

Siendo el común denominador de todas esas medidas o instrumentos la criminalización y por ende, la penalización de las diversas manifestaciones de la protesta social, conculcándose la democracia al tratar el Estado autoritario de contrarrestar, frenar o reprimir los brotes de inconformismo generados por las protuberantes desigualdades sociales.

En este sentido la descripción típica de las conductas materia de estudio, son una evidencia del autoritarismo de Estado partiendo desde un principio por las formas lingüísticas como fueron descritas. Al respecto se debe destacar que en el Derecho el lenguaje es todo¹⁰ y más aún en materia penal donde la tipicidad inequívoca de las conductas punibles exige de gran precisión, claridad y concisión pues su desconocimiento conlleva a la pérdida de la libertad de sus destinatarios, en este caso la clientela preferida es precisamente los desposeídos de oportunidades y del poder.

Parece que el Legislador colombiano, al redactar la Ley de Seguridad Ciudadana y particularmente, los tipos penales que fueron materia de estudio de la Sentencia de Inconstitucionalidad C-742 de 2011, olvidó o desconoció que:

¹⁰ CARRIÓ, Genaro. Notas sobre derecho y lenguaje, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011. p. 34

Su objeto no se limita simplemente a las normas jurídicas sino que también abarca la realidad social a la que la ley se refiere y en la que actúa; pues ambas se influyen recíprocamente

La “metódica de la legislación” entiende el procedimiento legislativo como un proceso de decisión cuya racionalidad puede incrementarse. El primer paso es mostrar que efectivamente resulta necesario aprobar la ley; el segundo, presupuesta la demostración de la necesidad de la norma, mostrar que el proyecto es una buena opción regulatoria. En este sentido, muchas reformas legales son innecesarias y responden más a la intención de aparentar que se hace algo que a la creencia de que la nueva normativa puede cambiar la situación. Por esta razón, y con el fin de evitar este tipo de normas, la teoría de la legislación destaca la necesidad de evaluar la situación fáctica y jurídica antes de decidirse por una regulación legal¹¹.

Existen sentencias que evidencian las condiciones histórico-materiales en que se hayan inmersos los habitantes de un país, hay otras que pueden inclusive cambiar el destino de un pueblo o de una nación. No son todas, pero algunas merecen ser destacadas y por ende deben ser evocadas para bien o para mal, como ocurre con la Sentencia 742 de 24 de junio de 2012, emanada del Tribunal Supremo de Colombia.

En tal sentido, podría afirmarse que ella refleja una realidad innegable: que el ejercicio desbordado del poder punitivo, se expande no hacia los sectores que están excluidos de la posibilidad de autoría de la criminalidad, sino que se dirige a los carentes de poder o de recursos económicos. De tal manera, que se podría agregar que el expan-

11 SARRABAYROUSE, Eugenio. La crisis de la Legalidad, la teoría de la legislación y el principio indubio pro reo: una de integración. En: La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución? Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. S.A., 2012. p. 38-39

sionismo penal, para este caso, no es horizontal porque no busca una nueva o diferente clientela carcelaria, sino que además, alude a nuevos matices sobre los seleccionados de siempre, pues se dirige a los mismos sectores marginados, eternizados en el flagelo de la pobreza, los que perpetuamente tienen obstáculos o carencias de oportunidades económicas o políticas.

Dentro del mencionado contexto la Corte Constitucional se atrevió, en una controvertida sentencia, a declarar la exequibilidad de la criminalización de la protesta social puesta de manifiesto en los tipos penales “Perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial” y “Obstrucción de vías públicas que afecten el orden público”.

El expansionismo penal introducido en Colombia una vez más por las regulaciones normativas de la denominada “Ley de Seguridad y Convivencia Ciudadana”, es un engendro que afirma las mismas desigualdades de siempre, porque quienes convivimos la práctica del derecho penal sabemos que no es lo mismo el proceso penal contra una persona con poder político o económico que contra una persona que carezca de ellos.

El derecho penal es como las telarañas, atrapan a los animales pequeños pero es desgarrado por los animales grandes. No es capaz de confrontar a los poderosos.

UNA DECISIÓN CONTROVERTIDA

La Sentencia 742 de 2012, emanada de la Corte Constitucional alusiva a la constitucionalidad de los artículos 44 y 45 de la Ley 1453 de 2011 relacionados con los tipos penales “Perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial” y “Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público”, no fue pacífica. Suscitó controversia e inconformidad no solo por parte del ciudadano que invocó la acción de inconstitucional, sino que también en el seno del Alto Tribunal no

hubo unanimidad al momento de decidir, pues de los nueve magistrados que lo integran, dos votos fueron disidentes y uno aclaratorio.

Se resalta en igual sentido que cuando la Alta Corporación avocó el conocimiento de la acción de constitucionalidad, dio traslado a diversos entes gubernamentales y académicos para que conceptuaran, resultó que los primeros, como es obvio suponer, respaldaron la propuesta oficial de criminalización y los segundos, se opusieron a la misma.

EL CASO DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL EN COLOMBIA

El día 24 de junio de 2011 se expidió la Ley 1453 de 2011 más conocida como “Ley de Seguridad y Convivencia Ciudadana”, por medio de la cual se reformaron el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictaron otras disposiciones en materia de seguridad.

Los textos de las disposiciones demandadas que generaron la controversia argumentativa del caso son los que precisamente se señalan a continuación:

Artículo 44. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo del siguiente tenor:

Artículo 353A. Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público. El que por medios ilícitos incite, dirija, constriña o proporcione los medios para obstaculizar de manera temporal o permanente, selectiva o general las vías o las infraestructuras de transporte de tal manera que atente contra la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria, el medioambiente o el derecho al trabajo, incurrirá en prisión de veinticuatro (24) a cuarenta y ocho (48) meses y multa de trece (13) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes y pérdida de inhabilidad de

derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión.

Parágrafo. Se excluyen del presente artículo las movilizaciones realizadas con permiso de la autoridad competente en el marco del artículo 37 de la Constitución Política”.

Artículo 45. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo del siguiente tenor:

“Artículo 353. Perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial. El que por cualquier medio ilícito imposibilite la circulación o dañe nave, aeronave, vehículo o medio motorizado destinados al transporte público, colectivo o vehículo oficial, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes¹².

LA POSICIÓN DEL CIUDADANO DEMANDANTE

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad un ciudadano colombiano demandó los artículos 44 y 45 (parcial) de la Ley 1453 de 2011.

El argumento central de la acusación de inconstitucionalidad se basa en que las normas demandadas cumplen la función de criminalizar el derecho a la protesta creando conductas punibles atentatorias de principios constitucionales como el de Legalidad (artículo 44) y derechos fundamentales como la libertad de expresión y el derecho de reunión estrechamente relacionados con el derecho a la protesta social (artículos 44 y 45), afectando a los sectores excluidos del poder y de las instancias de tomas de decisiones, que a la postre son quienes

12 ARBOLEDA VALLEJO, Mario. Código Penal. Bogotá: Leyer, 2015, p. 214-2015

acuden a ella como un mecanismo para visibilizar sus puntos de vista y opiniones contrarias.

Además se expresa por parte del accionante que en Colombia hay dos formas de entender la democracia según las Constituciones de 1886 y de 1991, que rinden culto al Estado y a la persona humana respectivamente. De tal manera, que la Carta vigente reivindica y restablece en su artículo 37 el derecho fundamental a la protesta social, vapuleado por la Constitución anterior en virtud de los decretos del gobierno dictados en el marco del Estado de Sitio.

Asimismo, se esgrimen diferentes instrumentos internacionales en los que se reconocen los derechos de libertad de expresión y de reunión, se menciona el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para destacar que en ellos se establecen de manera taxativa los criterios por los cuales podrían limitarse el ejercicio de la protesta social tales como: el orden público o la salud pública, pero advierte que por tratarse de conceptos generales y ambiguos, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, en el Informe de 2005 denominado “Las manifestaciones públicas como ejercicio de la libertad de expresión y libertad de reunión” ha determinado que los legisladores y los jueces deben vigilar que no se invoque ninguno de esos criterios legítimos para desnaturalizar el derecho a la libertad de expresión.

Igualmente, el demandante destaca que el ejercicio del derecho a la protesta social pretende visibilizar ante la comunidad y las autoridades puntos de vista divergentes; los que se materializan mediante las manifestaciones públicas realizadas en lugares donde puedan tener impacto audiovisual y ello por lo general, se da en las vías públicas y lugares centrales de una ciudad, a pesar de reconocer que con ello se puede generar molestias a las personas por la obstrucción de las vías

públicas e incluso, de ciertos servicios públicos; considera excesivo por parte del Legislador calificar estas conductas como punibles, cuando por el contrario, el Estado debe garantizar el uso del espacio público para la participación de la comunidad que decide reivindicar sus derechos.

Por otra parte, con relación a la exigencia del permiso de autoridad competente prevista en el parágrafo del artículo 44, el actor señala que el mismo supone una facultad discrecional para permitir o impedir el ejercicio de un derecho fundamental, lo que equivale a señalar que la democracia participativa plasmada en la Constitución Política queda al albur de la autoridad policiva de turno. Para sustentar este argumento nuevamente hace referencia a un pasaje del Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 2005, en el que expresamente se advierte que la exigencia de una notificación previa a la manifestación no vulnera ni el derecho a la libertad de expresión ni el derecho a la libertad de reunión, siempre y cuando la notificación no constituya en realidad la exigencia de un permiso previo otorgado por un agente con facultades ilimitadamente discrecionales.

Otro aspecto planteado relacionado con las normas demandadas, alude a que los tipos correspondientes no satisfacen el test de proporcionalidad.

De acuerdo con lo anterior, el accionante considera que en virtud del Principio de Intervención Mínima del Derecho Penal, las normas demandadas no satisfacen el test estricto de proporcionalidad, puesto que si bien pueden tener una aspiración legítima, como lo es proteger al ciudadano de conductas consideradas "peligrosas", también pueden ser estimadas como medidas idóneas para la consecución de esta finalidad, otros mecanismos legales que resulten menos lesivos de los derechos fundamentales en juego, como son algunas medidas

coercitivas de carácter administrativo o incluso, las de carácter policivo ya existentes.

Por último, señala que la indeterminación de la expresión “medios ilícitos”, como también la de los distintos verbos rectores consagrados en el artículo 44 acusado: “incite”, “dirija”, “constraña” o “proporcione los medios”, permiten que la norma sea interpretada de manera restrictiva, en perjuicio del derecho a la protesta social.

Más adelante se expresarán los razonamientos que respaldan lo planteado por el accionante.

ARGUMENTOS DE LOS INTERVINIENTES EN EL ASUNTO

En cuanto a las nombradas intervenciones de los diversos entes gubernamentales y no gubernamentales se dieron una diversidad de criterios, los que seguidamente se expondrán y analizarán de manera sucinta.

Los Ministerios de Justicia y del Derecho, de Transporte y del Interior invocaron la tesis de la exequibilidad de las disposiciones demandadas, del mismo modo lo hicieron la Academia colombiana de Jurisprudencia y el Procurador General de la Nación. A su vez, la Comisión colombiana de Juristas, solicitó la declaratoria de inexecutable.

De acuerdo con lo anterior, se hará un análisis global que muestre las conexiones entre los distintos argumentos que apoyan una u otra tesis.

El Ministerio de Justicia y del Derecho a través de apoderado sustenta la exequibilidad respaldándose en las Sentencias C-420 de 2002 y C-740 de 2003 bajo el argumento central que una decisión en materias como las que son objeto de demanda constituyen un asunto

de política criminal cuya consideración le incumbe a cada Estado y a la Comunidad Internacional, que no debe ser abordado y resuelto en sede de Control de Constitucionalidad.

Sobre este particular, a primera vista se vislumbra un razonamiento erróneo que desvía la atención sobre algo distinto al *petitum* del accionante.

Igualmente el Ministerio de Transporte a través de apoderado judicial solicita la constitucionalidad del artículo 353A bajo el criterio que son punibles las manifestaciones que no tengan autorización legal y que no sean pacíficas, toda vez que el Estado debe garantizar la vida humana, la salud, la seguridad alimentaria, el medioambiente o el derecho al trabajo y una de las formas de cumplir dichos cometidos es garantizando la libre circulación por la infraestructura de transporte, servicio que en Colombia es considerado esencial al tenor de lo previsto en el artículo 365 de la Constitución.

En cuanto al artículo 353 señala que satisface el test estricto de proporcionalidad: (i) persigue un fin constitucionalmente legítimo toda vez que protege derechos como: la vida e integridad de las personas, el medioambiente, el trabajo y la salud pública; (ii) constituye un medio idóneo para alcanzar la seguridad pública y evitar un peligro común o grave a la comunidad; (iii) es necesario, porque considera que aquel es indispensable para el desarrollo social, económico y para la vida en general de un país y (iiii) es proporcionado porque las penas y las multas impuestas son menos gravosas frente a los daños causados a los bienes jurídicos protegidos.

Nótese que se insiste solamente en el test de proporcionalidad con relación al tipo penal "Perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial" (artículo 353 del Código Penal) y se olvida su proce-

dencia para efecto del artículo 353 A “Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público”.

Cuando se desarrolle el análisis crítico de la decisión mayoritaria de la Corte Constitucional, se esgrimirán mayores razones para evidenciar el desacuerdo con tales razonamientos, principalmente en lo relacionado con la ponderación del principio de estricta proporcionalidad, los derechos democráticos de expresión y de manifestarse pública y pacíficamente de cara al bien jurídico Seguridad Pública.

Por su cuenta, el Ministerio del Interior mediante apoderado pregona la exequibilidad de los referidos tipos penales alegando que su consagración tiene por finalidad proteger el goce y disfrute de los derechos a la vida, la salud pública, la seguridad alimentaria, el medioambiente y el derecho al trabajo, cuando para el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y de reunión se empleen medios ilícitos.

Además, estima que cumplen los requisitos básicos exigidos por la jurisprudencia constitucional cuando de limitaciones a los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de reunión se trata. Vale decir, las exigencias de taxatividad; persecución de la protección de bienes colectivos; la necesidad para el logro de tales finalidades; no constituir censura en ninguna de sus manifestaciones, lo cual incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita y no incidir de manera excesiva en el ejercicio del derecho fundamental.

En lo pertinente se precisa que el Ministerio del Interior en sus apreciaciones se estanca en los enunciados y en las generalizaciones sin presentar buenas razones argumentales que respalden su particular punto de vista. Por ninguna parte analiza, si los elementos normativos de los tipos penales demandados, por ejemplo las expresiones “medios ilícitos”, “permiso” entre otros, se ajustan a los principios

de taxatividad, de necesidad de la pena o de proporcionalidad. Destacándose, que de manera amplia se apoya en la jurisprudencia constitucional pero sin entrar a analizarla de manera específica y concreta.

Seguidamente la Academia colombiana de Jurisprudencia se limitó a respaldar la exequibilidad de los tipos penales censurados sobre la base de la técnica legislativa de los tipos penales en blanco. Para ello justifica la necesidad por parte del Legislador de utilizar expresiones, como por ejemplo "cualquier medio ilícito". Agrega, que si la conducta descrita se realiza de modo lícito o permitido no constituye delito.

En cuanto a esto último, parece que se incurrió en un error de razonamiento cuando se refiere a la expresión "por cualquier medio ilícito" sin sustentar qué debe entenderse como tal, y seguidamente se apresura a dar una conclusión: no constituye delito si se realiza por medios lícitos o permitidos, pareciera que la premisa enunciada estuviera incluida en la conclusión.

Tampoco se puede pasar por alto el argumento de la técnica legislativa de los tipos en blanco como otro fundamento de la exequibilidad pregonada, porque precisamente el principal problema planteado por las leyes en blanco es la de su admisibilidad constitucional o, para expresarlo en términos más comprensibles, política. La discusión se incrementa respecto a la formulación de los complementos de la parte preceptiva de esta clase de conductas punibles; o dicho de otra manera más rigurosa, sobre el tipo en blanco es preciso ante todo, destacar y valorizar las conexiones existentes entre esta forma de configurar un tipo penal y los principios que rigen al Estado democrático de Derecho.

Siguiendo la tesis de la exequibilidad, el Procurador General de la Nación conceptúa que son equivocadas las interpretaciones que el actor hace en relación con los artículos 20 y 37 de la Constitución. Que las normas demandadas no penalizan toda manifestación o incluso toda obstrucción de las vías públicas, sobre todo cuando estas son realizadas con el permiso de la autoridad competente.

Acude a numerosos precedentes judiciales emanados de la Alta Corporación relacionados con el principio de libertad de configuración. Y agrega, que en la tipificación de las conductas demandadas se cumplió con el estricto test de proporcionalidad.

Respecto a lo esbozado, se puede decir que el Procurador General de la Nación olvida precisamente que, el test de proporcionalidad y el principio de legalidad en materia penal, le ponen coto al principio de libertad de configuración legislativa y por tanto, limitan el autoritarismo estatal.

Por último, la Comisión colombiana de Juristas proclama la inexecutable de las disposiciones acusadas, pues afirma que restringen diversos derechos y principios, como el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libertad de asociación pacífica, el principio de legalidad en materia penal, el principio de derecho penal mínimo y la cláusula que reconoce que Colombia se conforma como Estado democrático y pluralista.

Plantea la inconstitucionalidad –por desconocimiento del principio de legalidad– de los artículos 44 y 45 en virtud de la vaguedad de sus elementos estructurales, lo que confunde al sujeto activo y a la vez, le da un amplio margen de discrecionalidad al encargado de aplicarlos.

Califica de desproporcionadas e innecesarias a las sanciones imponibles a los mismos de cara a los derechos de libertad de expresión y de

asociación pacífica, pues conculcan el carácter pluralista, democrático y participativo del Estado colombiano y de igual forma al principio de mínima intervención.

Censura el permiso discrecional por parte de una autoridad pública y la regulación del procedimiento para obtenerlo. Asegura que las medidas policivas son menos lesivas que la represión penal contenidas en las normas demandadas.

Así las cosas, la Comisión desde los inicios de la sustentación de su tesis se preocupa por la organización apropiada de su discurso argumental para lograr un efecto persuasivo, lo que de hecho logró en quien expone pero que a la postre no influyó en la decisión de la Corte Constitucional como más adelante se afincará.

POSICIÓN MAYORITARIA DE LOS MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte determinó que los tipos penales contenidos en los artículos 44 y 45 de la Ley 1453 de 2011 no desconocen el principio de legalidad en sentido estricto o de tipicidad penal. Señala que los mismos se refieren a acciones complejas pero sus textos normativos no conllevan un grado de dificultad insuperable para ser comprendidos, obedecidos y aplicados.

Concretamente se planteó que la expresión “medios ilícitos”, contemplada en el artículo 44 de la mentada ley hace alusión a acciones que no están determinadas de forma precisa y exacta en la norma acusada, pero que pueden ser determinables. Destaca que únicamente los medios que estén contemplados como contrarios a derecho en una ley formal y material, pueden ser tenidos como tales. Establecer cuáles medios son ilícitos y por tanto, cuáles son las acciones tipificadas es algo que sí puede ser hecho por las personas destinatarias de los tipos en cuestión.

Especifica que el artículo 45 de la mencionada ley penaliza al que “por cualquier medio ilícito imposibilite la circulación”. Para ello se circunscribe a dos condiciones que permiten identificar las graves acciones en que se debe incurrir para cometer el delito. De otro lado, expresa que imposibilitar la circulación equivale a impedirla, lo que no implica simplemente obstaculizarla.

Agrega, que el mandato constitucional no cobija a las manifestaciones violentas como un derecho fundamental. En consecuencia, solo ampara las que sean pacíficas al tenor del artículo 37 Superior. En tales circunstancias, el citado artículo 44 no pone en riesgo las manifestaciones pacíficas. Las excluye de su campo de aplicación en virtud de lo previsto en el correspondiente parágrafo.

Afirma que la calificación de constitucionalidad de los tipos penales acusados en modo alguno consiste en una evaluación de técnica legislativa o de la calidad de la norma. Que lo pertinente es una evaluación al tenor del principio de legalidad y su cointegradora tipicidad inequívoca. En este sentido la Corte desecha el cargo, sin pronunciarse sobre la cuestión de la razonabilidad y de la proporcionalidad.

En resumen, la Corporación adopta la decisión de exequibilidad de las normas acusadas teniendo presente que la aplicación de dichas disposiciones, de acuerdo con el orden constitucional vigente, debe hacerse: (i) de acuerdo con una interpretación estricta y literal, no analógica ni amplificada y (ii) de acuerdo con los parámetros específicos y exactos que se establecen en el orden legal vigente (los elementos del tipo penal no pueden ser establecidos con base en interpretaciones de funcionarios judiciales o reglamentaciones administrativas).

En cuanto a los votos disidentes, es necesario resaltar que los magistrados que salvaron su voto precisan que la Corte ha debido declarar

la inexecutable de los artículos 44 y 45 (parcial) de la Ley 1453 de 2011 por cuanto las normas acusadas no cumplían con el parámetro de estricta legalidad y con el test de proporcionalidad. Sostienen que la protesta social tiene un vínculo estrecho e incuestionable con los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de reunión pacífica. A partir de allí, señalan que la movilización popular tiene importancia vital para la materialización del ideal democrático y permite además, el cumplimiento de los valores adscritos a la soberanía popular e igualmente, asegura la existencia y goce de los demás derechos fundamentales.

En virtud de la complejidad y conflictividad existentes, se dice que la protesta es la válvula de escape que encuentran los sectores más vulnerables de la población para visibilizar sus reclamaciones en aras de satisfacer sus necesidades básicas. Su desconocimiento constituye el comienzo de la mutación del modelo político hacia una tiranía.

Anotaron que el Gobierno dispone de múltiples instrumentos para evitar que la protesta legítima desemboque en comportamientos violentos vulneradores de derechos fundamentales, que dispone de las autoridades con poderes de policía para controlar los excesos y por ende, no se justifica su criminalización. Se acogen a lo previsto por la Relatoría de las Naciones Unidas sobre la Libertad de Opinión y Expresión, que toda restricción de este derecho solo puede estar enmarcada de manera puntual en lo dispuesto en los artículos 19 y 20 del PIDCP; esto es, el respeto a los derechos de los demás, la seguridad nacional, el orden público, la salud y por el rechazo a la apología del odio y los hechos violentos.

Expresaron que un tipo penal ambiguo o indeterminado favorece interpretaciones judiciales extensivas que terminan por criminalizar comportamientos que no ameritan tratamiento penal. Igualmente, que es irrefutable que las disposiciones demandadas no cumplen con

la rigurosidad que el Legislador debe observar. De tal manera no se determina de forma cierta, clara y precisa que constituye un “medio ilícito”, quien calificaría ese *status* y tampoco se define en que circunstancias se atentaría contra valores como la salud, el medioambiente o el trabajo. En consecuencia, arriban a que los tipos penales demandados son abiertos en extremo, lo que impide determinar con claridad sus elementos estructurales y establecer específicamente si se trata de una conducta de medio o una conducta de resultado.

Agregan que tampoco superan el juicio estricto de proporcionalidad ya que las medidas adoptadas no resultan necesarias, adecuadas ni proporcionales en consideración a que la indefinición de las conductas punibles en cuestión generaría en ocasiones arbitrariedad y de contera, el castigo del ejercicio legítimo del derecho a la protesta.

Adicionan que en consideración a la categoría de la protesta y del carácter práctico de los tipos penales estudiados era necesaria la intervención puntual del Legislador para la definición estatutaria de los alcances y límites del derecho de manifestarse pública y pacíficamente; vale decir, de la perentoriedad para el Congreso de consagrar las circunstancias puntuales que implicarían, en determinados casos, su exceso o ilicitud y en consecuencia, su sanción.

Concluyen que la decisión de la mayoría constituye un retroceso en materia de disfrute y protección de los derechos fundamentales así como un obstáculo infundado para la efectiva participación democrática y el ejercicio del poder por parte de la población invisible.

ANÁLISIS CRÍTICO DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

El Estado colombiano ha entendido por seguridad ciudadana “la protección universal a los ciudadanos frente a los delitos y contra-

venciones que afecten su dignidad, su seguridad personal y la de sus bienes, así como frente al temor a la inseguridad”¹³.

En este sentido la descripción típica de las conductas materia de estudio, son una evidencia del autoritarismo de Estado partiendo desde un comienzo por las formas lingüísticas como fueron descritas. Al respecto se debe destacar, que en el derecho el lenguaje es todo¹⁴ y más aún en materia penal donde la tipicidad inequívoca de las conductas punibles exige de gran precisión, claridad y concisión pues su desconocimiento conlleva a la pérdida de la libertad de sus destinatarios; en este caso la clientela preferida son precisamente los desposeídos de oportunidades y del poder.

En dichos términos, no le asiste razón a la Corte Constitucional cuando afirma que algunas expresiones utilizadas en la descripción de los tipos penales mencionados son acordes con el principio de estricta legalidad. Así por ejemplo, la expresión “ilícitamente”, plasmada en el artículo 353 A y “permiso” en su correspondiente párrafo son una muestra de la equívocidad o amplitud con la que el Legislador de turno empleó el lenguaje. Como ya se expresó, este es muy importante al momento de legislar, si se tiene en cuenta que el manejo adecuado del español –cuando se definen las conductas punibles– es más exigente, pues la riqueza de la comunicación está en la exactitud de los significados, pues quien habla mal, escribe o redacta mal, y por ende, piensa mal, porque el lenguaje es el vehículo del razonamiento, y para el caso la amplitud de su significado, conlleva a graves consecuencias como son: la captura, el encarcelamiento, la prisionalización, entre otras, y a su vez, la restricción de importantes derechos de las personas que en un determinado momento se atreven a protestar.

13 Boletín de Seguimiento Consolidación de la Paz - Edición 9. [En línea] Disponible desde internet [https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/4 %20Boletin_Consolidacion %20de %20la %20Paz_edicion %209.pdf](https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/4%20Boletin_Consolidacion%20de%20la%20Paz_edicion%209.pdf)

14 CARRIO, op. cit. p. 35.

Es oportuno en este momento y con ocasión del aludido permiso, referirse brevemente a lo señalado en el voto disidente, en cuanto a la exigencia del mismo para efecto de las movilizaciones o manifestaciones ciudadanas "...teniendo en cuenta la categoría de la protesta y el alcance práctico de los tipos penales estudiados, era imperativo una intervención puntual del legislador para la definición estatutaria de los alcances y límites del derecho...".

Desde su perspectiva, la disidencia planteó muy buenas razones para apartarse de la decisión mayoritaria, pero en este punto pecó por su exagerado enfoque formalista del derecho, cuando para el caso solo era pertinente, como lo invoca el accionante, la notificación previa a los actos de protesta, en los términos referenciados en un aparte del Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 2005, siempre y cuando tal notificación no se convierta en la exigencia de un permiso otorgado por un Ente gubernamental con facultades discrecionales para hacerlo. Además, lo razonado es de recibo si se tiene en cuenta el denominado bloque de constitucionalidad imperante en el sistema jurídico colombiano.

La Corte Constitucional al resolver la acción de inconstitucionalidad olvidó que las imprecisiones en el manejo del lenguaje por parte del Legislador le restan seguridad jurídica al derecho penal, lesionan el principio de Tipicidad Inequívoca, fracturan el principio de Lesividad Material y por consiguiente, atentan contra los derechos individuales al permitir la posibilidad de que un ciudadano pueda ser perseguido, juzgado o estigmatizado por la realización de alguna conducta que bien podría considerarse un desarrollo del Principio Democrático y que en últimas, podría ser tratada por el derecho administrativo, lo que a la postre resultaría intrascendente por tratarse de conductas insignificantes o socialmente adecuadas, si se atienden las concretas

circunstancias en que se suscitaron, como sería por ejemplo, por la insatisfacción de las necesidades básicas de la persona que anhela vivir dignamente.

También se debe añadir, que la Corte Constitucional en su afán de mantener en el ordenamiento jurídico a las disposiciones demandadas, desechó analizar construcciones principialísticas que limitan el poder punitivo del Estado. Así las cosas, en su decisión¹⁵ descartó la propuesta alusiva a que los tipos correspondientes no satisfacen el test de proporcionalidad.

El hecho que la Corte Constitucional haya declarado exequible el artículo 44 de la Ley 1453 de 2011 y asimismo, a la expresión “imposibilite la circulación” del artículo 45 *ídem*, no significa que las injusticias y desigualdades sociales extremas hayan desaparecido sin más en Colombia, pues lo que refulge con pronunciamientos como el comentado es la tendencia de los Estados que se denominan democráticos a limitar derechos y libertades democráticas, especialmente para aquellos que se encuentran en posición de mayor vulnerabilidad y en consecuencia, potencializar la violencia como un medio para resolver sus conflictos. Una vez más “el país legal” enmascaró al “país real”, las condiciones del contexto que presidieron la expedición de la tan mentada normativa así lo demuestran.

...El derecho a la protesta no es un derecho más, sino uno de especial relevancia dentro de cualquier ordenamiento constitucional: se trata de un derecho que nos ayuda a mantener vivos los restantes derechos. Sin un robusto derecho a la protesta, todos los

¹⁵ Corresponde a parte final de la sentencia del caso: “VII DECISIÓN: “en vista de estas circunstancias, la Sala Plena no se pronunciará sobre otras cuestiones tales como la razonabilidad o proporcionalidad de las disposiciones accionadas pues estas se propusieron como parte de un entendimiento de las normas que esta Corte juzga incorrecto”. Nótese que la Corte Constitucional elude dar razones sobre lo que ella considera “incorrecto”.

demás derechos quedan bajo amenaza, puestos en riesgo. Por ello resulta sensato designar al derecho a la protesta como “el primer derecho”...

...Frente a la protesta, no basta alegar... que la que se desarrolla en la calle puede traer aparejada violencia: la violencia, si es esperada, puede prevenirse; si irrumpe, puede lidiarse con ella por separado; y en ningún caso debe servir como excusa para poner en cuestión el derecho fundamental en juego¹⁶.

En tal sentido, podría decirse que no existen derechos absolutos y desde luego, el derecho a la protesta social no sería la excepción. Ante ello, se debe reflexionar sobre la eventualidad de situaciones de conflicto con el plexo de otros derechos y la escogencia de cuál, o cuáles de ellos deben preservarse o prevalecer. Se deben mantener intactas y en ejercicio las capacidades deliberativas y por qué no decirlo, las argumentativas para poder resolverlo.

Derechos como el de reunión, de la libre expresión y de la crítica política deben privilegiarse sobre todo en países como Colombia donde las injusticias graves son un lugar común y en donde se pregona, así lo ha confirmado en uno de sus peores días, la Corte Constitucional en la Sentencia 742 de 2012, que el derecho a la protesta social debe limitarse, restringirse y criminalizarse, olvidándose por completo que en un verdadero Estado Democrático y de Derecho pocas cosas importan más que la exigencia del máximo respeto de disentir y protestar ante situaciones que reflejan la ineptitud gubernamental o privada de satisfacer la demanda efectiva de los derechos fundamen-

¹⁶ GARGARELLA, Roberto. El derecho a protestar. En: el Pais.com. 21-05-2014 [En línea]: disponible en internet En: http://elpais.com/elpais/2014/05/16/opinion/1400247748_666298.html.

tales de los coasociados y el máximo respeto de cara a las opiniones de quienes disienten con nosotros.

En otras palabras, los derechos fundamentales a la libertad de expresión, de reunión y de manifestarse pública y pacíficamente se enfrentan al derecho a la seguridad pública, lo que debió ponderar debidamente el Tribunal Constitucional en aras de establecer si era o no, desproporcionado reprimir penalmente las conductas típicas examinadas.

Por tal razón, según la sistemática normativa penal el bien jurídico tutelado Seguridad Pública tiene mayor entidad pues configura la suma de muchos intereses individuales, pues por el mismo ha de entenderse el Estado o situación de la comunidad en la que sus miembros viven armónica y pacíficamente, bajo el imperio de la autoridad y de las leyes que facilitan el mejoramiento de la vida humana y garantizan la vida, la integridad corporal y la seguridad de todos los miembros de la sociedad como exentas de daño o de peligro.

En consecuencia, el Estado tiene interés de evitar que dicha seguridad pública se lesione o ponga en peligro. No obstante, la Corte Constitucional debió examinar hasta dónde los tipos demandados, principalmente el de "Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público" tenían el carácter suficiente para vulnerar o conculcar el valor jurídico protegido, si se tiene en cuenta que dichos comportamientos están ubicados en el mismo acápite que tipifica conductas de mayor entidad punitiva tales como: "Terrorismo", "Concierto para delinquir", "Incitación a la comisión de delitos militares", "Tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos", "Fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares", entre otras, cuya trascendencia punitiva nadie se atreve a cuestionar.

También es censurable que el Alto Tribunal tampoco haya tenido en cuenta, al eludir pronunciarse sobre la razonabilidad y proporcionalidad invocada, el estricto principio de legalidad de la pena imponible a las conductas típicas revisadas. Obsérvese por una parte, que el tipo penal "Perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial" tiene pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Y por otra parte, que la conducta "Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público" acarrea pena de prisión de veinticuatro (24) a cuarenta y ocho (48) meses y multa de trece (13) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes y pérdida de inhabilidad de derechos y funciones públicas por el término de la pena de prisión.

Esto último, si se examina como ya se expresó en apartes precedentes, que quienes tienen la posibilidad de autoría de dichos comportamientos punibles son personas insatisfechas en sus necesidades básicas, de ahí que también se destaquen las correspondientes sanciones pecuniarias, muy especialmente si se atienden las cuantías en salarios mínimos legales mensuales, lo que no ha dejado de ser exagerado en un país con tantas carencias económicas y con una tasa de desempleo cercana al veinte por ciento.

Además, si se compara con otras conductas punibles de mayor trascendencia en consideración al bien jurídico tutelado Seguridad Pública, a saber: "Pánico" (artículo 355 Código Penal) que únicamente conlleva multa sin determinar el Legislador su cuantía o "Disparos de arma de fuego contra vehículo" (artículo 353 *idem*) que solamente impone pena de prisión de uno (1) a cinco (5) años. Al respecto, igualmente se debe subrayar que el principio de legalidad de la pena es condición necesaria pero no suficiente de su legitimación. Para que esta no sea

un pretexto formalista se requiere del concurso de tres condiciones esenciales¹⁷.

En primer lugar, que no sea la simple expresión formalizada de una caprichosa y omnímoda voluntad del soberano sino el resultado de un proceso democrático.

En segundo lugar, que la ley democráticamente expedida y promulgada no se limite a la imputación de penas criminales, sino que precise en qué consisten de acuerdo con su naturaleza, gravedad, duración y régimen de ejecución.

Y por último, que se respeten los principios de humanidad en toda su integridad, dignidad humana y el derecho de libertad de conciencia.

Por tanto, lo determinante es que los agentes de la autoridad deben procurar un contexto de derechos donde estos no se anulen unos a otros, si no que se maximicen. Se debe impulsar o permitir el crecimiento de las personas, procurando a su vez sus ámbitos de libertad, de igualdad, de participación democrática, de seguridad jurídica, entre otros. De tal manera, que cuando se fijen límites a los derechos humanos se deben efectivizar valiéndose el Legislador de un lenguaje muy claro, con toda precisión, que no sean límites indeterminados y de contera, que no se anule ningún derecho fundamental, sino que se potencie su ejercicio.

De acuerdo con lo razonado, se debe enfatizar que el Tribunal Supremo en su controvertida decisión de exequibilidad descartó, al momento de revisar los tipos penales demandados, el principio de proporcionalidad pues no tuvo en cuenta que en la República de Colombia dicho principio tiene rango constitucional. Él dimana del Estado de

¹⁷ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho penal fundamental. Teoría del delito y punibilidad. Bogotá: Temis, 1989, p. 462-463.

Derecho (artículo 1° de la Carta), que es de la esencia de los derechos fundamentales, que es expresión de las pretensiones de libertad del ciudadano frente al Estado y que cada vez no puede ser limitado por el poder público sino cuando sea imprescindible para la protección de los intereses públicos. Además, que las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales que sean desproporcionadas vulneran el contenido esencial del derecho que interviene, para el caso, el derecho democrático de la protesta social, considerada como se ha expresado un derecho fundamental por excelencia.

De igual modo, la aplicación del principio de proporcionalidad para el control de las leyes que afecten esta clase de derechos podría considerarse de alguna manera como una derivación de la dignidad humana, en su fundamento de orden político y de la paz colectiva.

En tales términos, es muy probable, que lo que le faltó al Supremo Tribunal, a los Magistrados integrantes de la Sala mayoritaria, fue valor para apartarse de los medios de comunicación, de las presiones políticas, de los gremios productivos e industriales y de los partidos políticos que de manera directa o indirecta tenían o mantenían alguna relación o vinculación con la Alta Corporación, pero esa es una virtud que va más allá del estricto cumplimiento del Derecho.

CONCLUSIONES

Para finalizar se debe enfatizar como algo imperativo la necesidad del reconocimiento reforzado del derecho constitucional a la protesta social y la proscripción de “bozales” que el Establecimiento quiere imponer a los que se atreven a ejercitar la crítica a las acciones u omisiones de las autoridades gubernamentales o no gubernamentales, para poder garantizar el disfrute de la dignidad humana y de otros cointegradores derechos fundamentales.

Es claro, que tampoco se puede desviar la opinión pública confundiendo con decisiones como la adoptada por la Corte Constitucional de Colombia, dándole a los movimientos y protestas sociales el sesgado alcance o significado de prácticas “peligrosas” o “violentas”, puesto que ello no hace más que reflejar con cierta intensidad o matices la capacidad del Estado de abusar del *ius puniendi* del que es titular, hasta el colmo de etiquetarlas como conductas delictivas.

Es desproporcionado calificar como conductas punibles la “Perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial” y la “Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público”, consagradas en los artículos 44 y 45 de la Ley 1453 de 2011, cuando es el Estado quien tiene la obligación de garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los coasociados, como también y en menor medida el uso del espacio público para la participación de la comunidad que decide reivindicar la efectividad de sus derechos fundamentales.

En consecuencia, se debe insistir que en un Estado de Derecho, en una democracia, se pueden formular reclamos por vías institucionales, pero dadas las particulares circunstancias del pueblo colombiano, la más socorridas son el ejercicio de los derechos de libertad de expresión, de reunión y de manifestarse pública y pacíficamente, cointegradores esenciales de la protesta social consagrada en la Constitución Política y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos suscritos y reconocidos por Colombia.

Pero en todo caso, ante la realidad de la cosa juzgada constitucional de la Sentencia 742 de 2012 y de sus efectos *erga omnes* se plantearía como una alternativa la propuesta de acudir ante las instancias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en dos eventos.

El primero, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el fin de solicitar que adopte medidas cautelares para que se suspendan los efectos de las normas que cuentan con el respaldo de una sentencia de exequibilidad de cara a una víctima o comunidad identificable. Frente a este punto, es necesario recordar que las medidas cautelares son un acto jurídico emanado de un organismo internacional de protección de derechos humanos a través del cual se obliga a un Estado a tomar medidas de toda índole para hacer cesar amenazas frente a un derecho humano¹⁸.

El segundo, sería acudir nuevamente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pero esta vez con el propósito de presentar una petición contra un Estado del cual se afirme que ha violado los derechos humanos reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica a una víctima concreta, por razón de la expedición de leyes violatorias de la Convención.

Desde esta perspectiva la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si a bien lo tiene, puede ordenar la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico de un Estado y de esa forma la decisión que declaró la exequibilidad de la misma quedará sin efectos, lo que eventualmente podría suceder con los demandados artículos 44 y 45 de la Ley 1453 de 2011 que criminalizaron la protesta social en Colombia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARBOLEDA VALLEJO, Mario. Código Penal. Bogotá: Leyer Editorial, 2015.

Boletín de Seguimiento Consolidación de la Paz - Edición 9. [En línea] Disponible en: [internethttps://colaboracion.dnp.gov.co/](https://colaboracion.dnp.gov.co/)

¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T -524 de 20 de mayo de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

CDT/Prensa/Publicaciones/4 %20Boletin_Consolidacion %20de %20la %20Paz_edicion %209.pdf.

CARRIÓN, Genaro Rubén. Notas sobre derecho y lenguaje. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2011. 416p.

El Gobierno impone su 'trío de mordazas': seguridad ciudadana, código penal y ley antiyihadista. [En línea] Disponible en internet en: <http://www.20minutos.es/noticia/2414834/0/trio-mordazas/aprobacion-final/claves/>

En libertad los campesinos con órdenes de captura por ejercer el derecho a la protesta contra la minera en Río Blanco. [En línea] Disponible en internet en: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=201228>

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho penal fundamental. Teoría del delito y punibilidad. Vol II. Bogotá: Editorial Temis, 1989.

GARGARELLA, Roberto. El derecho a protestar. En: el Pais.com. 21-05-2014 [En línea]: disponible en internet En: http://elpais.com/elpais/2014/05/16/opinion/1400247748_666298.html

Ley Mordaza: manifestaciones contra su entrada en vigor. <http://zoomin.tv/#lv/692701>.

SALUD [Sección] Minsalud y Defensor del Pueblo chocan por cifras de tutelas en salud. En: Eltiempo.com. [En línea] [29 de agosto de 2015]. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/salud/reacciones-por-presentacion-de-cifras-de-tutelas-en-salud-/14440477>.

SAMPER PIZANO, Daniel. Si usted fuera campesino...En: Eltiempo.com. Bogotá. 25 de agosto de 2013 [En línea]. Disponible desde Internet en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13011986>[Consultado:1-07- 2015]

SARRABAYROUSE, Eugenio C. La crisis de la Legalidad, la teoría de la legislación y el principio indubio pro reo: una de integración. En: La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución? Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. S.A., 2012.

VARGAS PRENTT, Mariela. El principio de legalidad en la política criminal. Bogotá: Leyer Editorial, 2014.

NORMAS Y JURISPRUDENCIA CITADAS

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1453 de 2011.

COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-524 de 20 de mayo de 2005. MP. Humberto Antonio Sierra Porto

COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-742 del 26 de septiembre de 2012. MP. María Victoria Calle Correa.

EL ROL DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS INVESTIGADOS EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA: UN ESTUDIO DESDE LA VICTIMOLOGÍA

THE ROLE OF THE VICTIM IN THE CRIMES INVESTIGATED IN THE TRANSITIONAL JUSTICE IN COLOMBIA: A STUDY FROM THE VICTIMOLOGY

CRISTINA MONTALVO VELÁSQUEZ¹

Resumen

El presente estudio, propone la necesaria amplitud de la victimología como ciencia en países que aplican una justicia transicional, como Colombia, para lo cual se analiza el planteamiento de diferentes autores sobre el carácter de ciencia o disciplina de la misma. En segundo lugar, el estudio compara el rol de ciertas tipologías victimológicas surgidas del holocausto alemán con el rol ejercido por las víctimas de los delitos que viene juzgando la justicia transicional en Colombia actualmente, demostrándose que no son una categoría única surgida del conflicto colombiano, sino que son categorías con una existencia histórica a nivel internacional, pero su rol ha variado.

¹ Candidata a Doctora en Derecho y Magister en Derecho de la Universidad del Norte de Barranquilla (Colombia), Abogada de la Universidad Libre, Decana(e) Docente e investigadora en categoría Asociada del Grupo Depcipe de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico (Colombia).

Seguidamente, se revisa la evolución de la victimología como ciencia, con la finalidad de identificar el rol de la categoría víctima en la justicia transicional en Colombia, concluyéndose que la victimología clasificó desde sus inicios a la víctima en tipologías con criterios culpabilísticos, sin centrarse en su evolución en la víctima ideal o inocente, cuestionándose con ello los planteamientos excluyentes de la ley de víctimas en Colombia (1448/2011) cuando señala que ciertas personas pese a haber sufrido un daño con ocasión del conflicto armado interno, no serán consideradas víctimas, de tal forma que dicho planteamiento desconoce los aportes de la victimología como ciencia a lo largo de su evolución. Finalmente, se establece el rol de la víctima en los delitos investigados en la justicia transicional en Colombia, desde el análisis de la verdad extrajudicial que debe tener protagonismo en los estrados judiciales.

Palabras clave: víctima, victimología, verdad, justicia transicional.

Abstract

The present study proposes the necessary amplitude of the victimology as a science in countries that apply a transitional justice, like Colombia, for which the approach of different authors on the character of science or discipline of the same one is analyzed. Secondly, the study compares the role of certain victimological typologies arising from the German holocaust with the role exercised by the victims of the crimes currently being judged by transitional justice in Colombia, demonstrating that they are not a single category arising from the Colombian conflict, but rather which are categories with a historical existence at the international level, but their role has varied. Next, the evolution of victimology as a science is reviewed, with the purpose of identifying the role of the victim category in transitional justice in Colombia, concluding that victimology classified the victim from the beginning into typologies with guilt criteria, without focusing on its evolution in the ideal or innocent victim, thus questioning the exclusionary approaches of the victims' law in Colombia (1448/2011) when it points out that certain people, despite having suffered damage during the internal armed conflict, will not be considered victims, so that this approach ignores the contributions of victimology as a science throughout its evolution. Finally, the role of the victim in the crimes investigated in transitional justice in Colombia is established, from the analysis of the extrajudicial truth that should have prominence in the judicial stages.

Keywords: victim, victimology, truth, transitional justice.

INTRODUCCIÓN

La victimología es una ciencia relativamente joven, cuyo objeto de estudio desde su aparición ha estado guiado esencialmente por estudiar integralmente los tipos de víctimas, con la finalidad de clasificarlas atendiendo los factores que provocan su existencia, es decir, se ha priorizado en revisar situaciones que llevan a que una persona esté propensa a ser víctima, lo cual se refleja en el pensamiento de Mendelsohn bajo el concepto de "victimidad" y con la finalidad de

prevenir la criminalidad al mismo tiempo que se previene la victimización. También se ha ocupado la victimología de indicar los tipos de victimización a los que se somete una víctima después que ha sufrido un daño en el que resulta víctima, de tal forma que indica que esa persona “víctima” a futuro será nuevamente víctima, pero ya no de un victimario que ha quebrantado un bien jurídico tutelado a favor de ella, sino ahora será víctima del sistema judicial, víctima de la corrupción y demás victimizaciones secundarias y terciarias que la victimología misma ha identificado.

Victimizaciones, que al parecer de este estudio se acentúan en sociedades sumergidas en largos conflictos internos armados, donde la población civil termina siendo víctima de crímenes graves a cargo de los Grupos Organizados Armados al margen de la Ley GOAML, pero también se evidencia a una población civil ser víctima de dichos crímenes por la ayuda y aquiescencia del Estado, lo que sería una primer victimización, pero transformándose dichas victimizaciones en secundarias cuando surge la posibilidad judicial y administrativa de acudir a hacer valer sus derechos como víctimas, pues deben escuchar versiones señaladores de los postulados a la ley de justicia y paz que las incriminan, deben afrontar el deber de “no olvidar” y perdonar, recorrer un largo camino de victimizaciones al interior de actuaciones administrativas y procesos judiciales para lograr una reparación integral que esencialmente garantice la no repetición, medida que dependerá de otras medidas que frenen vulnerabilidades sociales, pero no dependerá de las medidas judiciales que se exhorten, frente a este reto propio de la aplicación de la justicia transicional en Colombia, resultó pertinente preguntarse: ¿Cuál es el rol de la víctima en los delitos investigados en la justicia transicional en Colombia?

Problema, que fue resuelto con la técnica secundaria de la investigación bibliográfica, apoyada en una metodología histórica, propia de

los métodos empíricos de investigación donde se revisó la evolución de la intervención de la víctima por primera vez en juicios penales, para efectos de identificar qué papel o rol desempeñaron en su génesis y así, a través de la comparación establecer similitudes y diferencias del papel cumplido hoy en día por las víctimas de delitos investigados por la justicia transicional. Resultados que se muestran desde la ciencia propia de las víctimas “la victimología” y en tres ejes temáticos: en la primera parte se analiza la pertinente autonomía y amplitud de la victimología en Colombia por la dinámica del conflicto interno armado y la aplicabilidad de la justicia transicional, desde la perspectiva de victimólogos y criminólogos que defienden y cuestionan el objeto de estudio y el carácter de ciencia de la victimología.

En la segunda parte, se interpreta la categoría “víctima”, desde su surgimiento en la victimología con sus precursores Mendelsohn y Von Hentig, identificándosele con criterios culpabilísticos, acorde a la victimología científica, pero distante de la victimología humanística. Finalmente, en la tercera parte, se establece el rol de la víctima en los delitos investigados en la justicia transicional en Colombia, desde la comprensión de dos principios, a saber: “la justicia”, materializada en la lucha contra la impunidad, en el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y en segundo lugar en el principio de “reparación integral” por el daño sufrido con ocasión del conflicto interno armado.

PERTINENTE AUTONOMÍA Y AMPLITUD DE LA VICTIMOLOGÍA EN COLOMBIA POR LA DINÁMICA DEL CONFLICTO INTERNO ARMADO Y LA APLICABILIDAD DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Se partirá, por indicar que la victimología surge en contraposición al excesivo estudio del delincuente y al errado olvido de la segunda persona que integra la pareja criminal², percibiéndose en

2 La criminología y la sociología de la desviación disciplinas concentradas más de lleno en el análisis del crimen, los criminales y la justicia penal tendieron de alguna manera a borrar a la víctima durante mucho tiempo, no viendo lo que, en retrospectiva, debería probable-

algunos momentos, escenarios o países como victimología con fines humanistas y en otros como victimología con fines científicos, pero en una u otra percepción su objeto de estudio es “la víctima”. Indican algunos autores³, esencialmente criminólogos que la victimología es una disciplina relativamente reciente y esencialmente estudiada dentro de la criminología, de la cual ha pretendido desligarse, para frenar el excesivo estudio del delincuente y para lograr una creciente necesidad de estudiar en igual proporción tanto al delincuente, como a la víctima del delito, pero independiente de la criminología⁴, generándose con dicha afirmación, el detonante conflicto entre criminólogos⁵ y victimó-

mente haber sido evidente desde el principio. Ver al respecto, FATTAH, Ezzat. “Victimología: pasado, presente y futuro”. Traducción y notas de María del Mar Daza Bonachela. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), Núm.16-r2, p. 5. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-r2.pdf> ISSN 1695-0194.

- 3 Como la victimología pretende diferenciarse de la criminología, véase CRESSEY (1970); donde se explica que se logra haciendo énfasis en la dinámica propia de la víctima, la victimización y la prevención. Sin embargo, el debate sobre la calidad científica de la víctima y su rango como ciencia, es discutida tanto por criminólogos, como por los mismos victimólogos. Se encuentra en este mismo sentido DÍAZ, al expresar que la victimología no es una disciplina científica, tampoco es un territorio académico (como la criminología o la ecología) al que académicos y científicos entrenados en diversas disciplinas hagan contribuciones teóricas y de investigación. En lugar de ello, es un programa no-académico bajo el cual en un cajón de sastre ideas, intereses, ideologías y métodos de investigación han sido arbitrariamente reunidos. La Victimología se halla caracterizada por un conflicto entre dos orientaciones hacia el sufrimiento humano igualmente deseables: la humanista y la científica. Este conflicto parece interferir tanto con los esfuerzos humanitarios como con los científicos; al respecto, DÍAZ, Fernando. “Una mirada desde las víctimas: el surgimiento de la victimología”. En: Revista Umbral científico, No. 9. (Sin mes 2006). p. 146. En complemento de lo anterior, se afirma que la victimología es una disciplina joven y promisoriosa a la vez que representa un campo de estudio fascinante. Aun cuando la victimización es tan antigua como la humanidad, no fue sino después de concluida la Segunda Guerra mundial que el estudio científico de las víctimas del delito emergió como un complemento fundamental de las ya bien establecidas investigaciones sobre los delincuentes en materia criminológica. Dado que la victimología surge con la finalidad de llenar un importante vacío teórico, no pasará mucho tiempo para que este conocimiento llegue a constituir una parte integrante de la criminología. A pesar de que la misma se ha afirmado hasta ahora como un área de importancia para la investigación criminológica, su naturaleza, relevancia y ubicación continúan generando extensos comentarios y debates. Sea lo que fuere, el estudio de las víctimas del delito y de la victimización criminal ha mostrado la potencialidad de replantear la criminología como disciplina. FATTAH. Op. cit., p. 1.
- 4 Afirmación que se puede observar en CUAREZMA, al referirse al origen del estudio científico de la víctima: “El estudio de la víctima tiene su origen en el positivismo criminológico, que inicialmente polarizó la explicación científica del comportamiento criminal alrededor del delincuente, ignorando en buena medida a la víctima, considerándola como un objeto neutro, pasivo, estático, que nada aporta a la génesis, dinámica y control del hecho criminal”. Consultar en este sentido, CUAREZMA, Sergio et all. La Victimología. En: estudios básicos de Derechos Humanos, Tomo V. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos humanos, 1996. p. 299.
- 5 Entre los enemigos de la Victimología se señala al profesor Luis Jiménez de Azúa, quien acusó las ideas de Mendelsohn (precursor de crear una nueva ciencia denominada victimología) de “ampulosas, exageradas y jactanciosas, negándoles originalidad. Luego de sus

logos, sobre el carácter científico o no de la victimología, discusión no superada aún, pero lo cierto e innegable es su estrecha relación con la criminología y su necesario estudio en todos los ámbitos: penal, político, social y criminológico, con mayor esfuerzo y aplicabilidad en países que afrontan conflictos armados como Colombia, esto atendiendo que, ni la criminología, ni la victimología, ni cualquier otra ciencia o disciplina están ceñidas a un mismo camino, cada una acoge los planteamientos de dicha disciplina para aplicarlo a sus problemas y cada una avanza acorde a sus necesidades e intereses; concretamente tratándose de la victimología, algunos países avanzarán de manera humanista en pro de acciones a favor de las víctimas, en otros de manera académica, en pro de lo científico, lo cual no se considera errado, pues dichas diferencias no hacen imposible proporcionar un estudio unificado de la victimología⁶, lo importante es que sea acorde a la necesidad de cada país; entonces en países sin conflicto interno armado la victimología perfectamente puede estudiarse y entenderse como disciplina de la criminología, pero en los que afrontan conflictos armados y procesos complejos y alternos de justicia es necesario que la victimología goce de amplitud e independencia de la criminología, no siendo lo esencial que se le llame ciencia por su autonomía, sino por la amplitud que en la realidad debe afrontar.

cásticos ataques, señalaba Azúa que el asunto no consiste en crear una nueva ciencia, sino en poner varias a contribución para establecer el papel de las víctimas de los delitos”, véase al respecto BODERO, René Edmundo. Orígenes y Fundamentos principales de la victimología. En: Revista Iuris Dicto. Vol.2 No. 3. (Ene.-Mar. 2001). p. 76.

- 6 De manera amplia se señala que la victimología está más avanzada en unos países que en otros. Si bien hay algunas similitudes en la forma en que la victimología despegó y ha evolucionado, también hay significativas diferencias cualitativas, e incluso cuantitativas. Aunque la legislación victimal está bastante desarrollada en algunos países, es inexistente en la mayoría. Los programas de asistencia a las víctimas han florecido en algunas sociedades, pero siguen siendo desconocidos en muchas partes del mundo. Las encuestas de victimización se han llevado a cabo de forma regular en algunos lugares y permanecen visiblemente ausentes en otros. La terapia victimológica se fomenta y practica en algunas culturas, pero está mal vista en otras. Cursos y seminarios en victimología existen desde hace varias décadas en algunas universidades, pero otras han carecido totalmente de ellos. En: FATTAH. Op. cit. p. 3

Por otro lado, están los victimólogos que al momento de definir la victimología, le otorgan el carácter de ciencia joven, con capacidad de redescubrir el papel de la víctima en la sociedad, en el proceso y hasta en la realización del hecho criminal: “es una ciencia joven, sobre la cual se asientan los pilares de un nuevo sistema de justicia, capaz de reordenar y equilibrar el orden social. Va afianzándose como un campo de investigación científico que se encarga del estudio de las víctimas en general, impulsando durante los últimos años un proceso de revisión científica del rol de la víctima en el suceso criminal”⁷. Revisión que señala Ramírez, inicia en 1956 cuando el israelí Benjamin Meldesohn publica un artículo denominado “Victimología”⁸, sin desconocer que el criminólogo Hans Von Hentig, ocho años antes, es decir, en 1948 planteó la necesidad de estudiar la contribución de la víctima en la génesis del delito en su texto “*The criminal and his victim*” teniéndose, que Hentig es uno de los pioneros en plantear el estudio de la víctima, pero no es quien acuña o utiliza el término de victimología por primera vez, razón por la cual, se le atribuye la génesis del término al israelí Mendelsohn, quien lo hace en 1956⁹; es decir que la paternidad de la victimología, se le reconoce a Mendelsohn, al precisarse que en 1946 ante la Sociedad de Psiquiatría de Bucarest en Rumania dictó una conferencia donde utilizó el término de victimología¹⁰.

7 CUAREZMA. Op. cit. p. 303.

8 En detalle, RAMÍREZ afirma como defensor de la victimología como ciencia a su pionero, Benjamín Mendelsohn, a quien se le atribuye científicamente el término de victimología, debido a que publica en 1956 un artículo denominado “victimología”, donde el autor señala la necesidad de incluir y estudiar a la víctima como nuevo campo del conocimiento científico y criminológico. En detalle ver, BUSTOS, Juan; BERGALLI, Roberto & MIRALLES, Teresa. “El pensamiento criminológico”. Vol. I. Bogotá: Temis, 1983. p. 4.

9 Véase el capítulo VII “The victim”, no solo los tipos de víctimas, sino la relación del dúo criminal entre criminal y víctima. VON HENTIG, Hans. *The Criminal and His Victim*. New Haven: Yale University, 1948. p. 455.

10 Véase NEUMAN, quien le atribuye la paternidad de la victimología a Mendelsohn y expresa que saldrá al rescate del buen nombre del abogado israelí, pues en 1946 en la Revista “Giustizia Penale”, publicó un artículo cuyo nombre fue “New Biopsychosocial Horizons: Victimology”. Corroborese en, NEUMAN, Elías. Benjamin Mendelsohn: Precursor de la Autonomía científica de la Victimología. En: Revista Iter Criminis, Vol. 4. No. 7: (Ene.-Feb. 2006). p 132. En igual sentido BODERO, en un completo artículo sobre el origen y la importancia de la victimología, señala que no dirá quién es el padre de la victimología, pero sí afirma que

En cuanto, a la autonomía de la victimología y quien es su precursor, Neuman, Boderó, Fattah, Cuarezma y otros victimólogos y criminólogos, se tomaron el trabajo de investigar ampliamente el surgimiento de la victimología, coincidiendo que el israelí Mendelsohn es el padre de esta nueva ciencia o disciplina, pero no todos ellos reconocieron su pretendido carácter científico. Se tiene, que René percibió a la victimología por encima de la criminología, le otorgó su carácter científico e independiente del estudio de la criminología, expresando que debido a que durante decenios la Criminología fue definida como: “la ciencia que se ocupa de determinar las causas o factores del delito a fines de prevención y tratamiento del delincuente”¹¹, chocando con la victimología y su campo de acción, el cual alcanza dimensiones que rebasan los estrechos límites de la Criminología, ocasionando que esta (la criminología) pretenda apoderarse del nuevo saber y para ello acudan a desconocerle su carácter científico.

En contraposición, se tiene que Neuman pese a ser un claro defensor de Mendelsohn y de sus ideas sobre victimología, consideró a inicios del siglo XXI que era una disciplina integrativa o auxiliar de la criminología, un ramal de esta como la consideraron o consagraron la inmensa mayoría de autores e investigadores, indicando que a futuro podría llegar a ser ciencia, “siempre y cuando abarque a toda clase de víctimas que se engendren en la sociedad, individuales y grupales, así se trate del pueblo de un país”¹², es decir, que considera que a futuro puede llegar a ser ciencia, a lo cual se le agregaría, que debe abordarse, construirse, comprenderse y aceptarse un concepto amplio de víctima y no de víctima excluyente jurídica, política, social y dogmáticamente.

Mendelsohn dictó una conferencia en 1946 ante un auditorio compuesto principalmente por psiquiatras, psicoanalistas y forenses y que esa fue la primera vez que el mundo escuchó el término: “Victimología” acuñado precisamente por el maestro israelí. BODERO. Op. cit. p. 72-79.

11 BODERO. Op. cit. p. 76.

12 NEUMAN. Op. cit. p.135-138.

Se observa, que este debate no enfoca la pretendida autonomía de la victimología como tradicionalmente se hace en las otras ciencias, es decir, no cuestiona el método científico, el objeto de estudio; esta perspectiva niega su carácter científico a la victimología por su excluyente clasificación de las víctimas.

Cabe resaltar, que Neumann, pese a su exaltación hacia el precursor de la victimología, lo criticaba en el errado camino de ubicar a la víctima en un rol protagónico en el hecho delictivo, al punto de considerar que “lleva al delincuente a una exculpación”¹³, a lo que debe advertirse que categóricamente Mendelsohn nunca abandonó la idea de que no fueran víctimas, tan solo advertía que no eran la víctima ideal o totalmente inocente, sino “la víctima más culpable que el infractor o la víctima únicamente culpable”¹⁴, dos tipologías de víctimas donde la conducta realizada por la víctima, crea y favorece la conclusión final del hecho, o la víctima primero fue agresora y luego se convierte en víctima o la supuesta víctima que nunca ha sido víctima; tipologías que coexisten con la víctima inocente en la dinámica del conflicto interno armado en Colombia, por lo tanto no es un error, es el reconocimiento de una realidad, que a lo cierto demuestra la preexistencia de dichas tipologías de “víctima más culpable que el infractor o víctima única-

13 *Ibíd.*, p. 134.

14 Mendelsohn esboza su clasificación victimológica en cinco categorías, entre las cuales señala estas dos y sus respectivas subcategorías: Víctima más culpable que el infractor: a-Víctima provocadora: Esta víctima atrae por su propia conducta, a que el delincuente cometa el ilícito penal. La conducta realizada por la víctima, crea y favorece la conclusión final del hecho. b- Víctima por imprudencia: Desencadena el hecho por falta de control. Víctima más culpable o víctima únicamente culpable: a- Víctima infractora: En este caso, el agresor se convierte en víctima. Aquí el autor se refiere a la legítima defensa, en la que el sujeto realiza un ilícito penal para defenderse. b- Víctima simuladora: Estas víctimas, son las que tienen algún tipo de interés, ya sea propio o ajeno. Un ejemplo, podría ser el de aquella persona que pretende cobrar un seguro, haciéndose pasar por víctima de una situación catastrófica, que en realidad no vivió. c- Víctima imaginaria: Son aquellas personas, que debido a factores de naturaleza bio-psico-social, van a creerse víctimas de un delito del que, en realidad, no lo son. Como ejemplo de este tipo de víctimas imaginarias, podemos citar a personas que presentan enfermedades mentales (Individuos con cuadros de paranoia, histriónicos, etc...). En detalle ver, MENDELSON, Benjamín (1956). “Une nouvelle branch de la science biopsychosocial: La victimology”. En: *Review international de criminologie et de police technique*. p. 17 y ss.

mente culpable” en diversos países y conflictos, y bastante evocada en lo referido a los *cuervos de la muerte* en la “zona gris”¹⁵ de los campos de concentración nazi. Asimismo, para Mendelsohn lo importante era abandonar la idea que la única víctima era la generada o surgida por la realización de un delito y abocaba por una “victimología general” dirigida a ayudar a las víctimas de todo tipo, incluidas las víctimas de eventos que están fuera del control humano, terremotos, huracanes, etc., a diferencia de Von Hentig y sus seguidores, que tratan solo a la víctima penal o víctimas de delitos, como lo enunció en el X simposio de victimología Ben-David¹⁶.

Finalmente, Cuarezma, de manera amplia en su obra “La victimología”, no solo defiende la autonomía e importancia de esta nueva ciencia, sino que indica que además de hacerse prevención criminal, debe hacerse prevención victimal: “no solo hay que evitar que algunos sujetos sean criminales, también hay que evitar que muchas personas lleguen a ser víctimas”¹⁷, planteamiento que de ser desarrollado en sociedades sumergidas en conflictos armados por varias décadas, es totalmente pertinente, ya que la política victimal no solo

15 Al respecto, en el trabajo filosófico: “El mal radical y la banalidad del mal: las dos caras del horror de los regímenes totalitarios desde la perspectiva de Hannah Arendt”, se explican las condiciones extremas de los campos de concentración que hicieron colapsar el concepto normativo de la justicia, lo que provocó que las víctimas, en su lucha por la supervivencia, se convirtieran en cómplices de los verdugos: “De esta forma, los nazis borraron el único recurso posible de las víctimas: poseer aquel sentimiento de saberse inocentes frente al verdugo y, por tanto, la distinción entre víctima y victimario desapareció. Por ejemplo, al interior de los Lager los guardianes de las S.S. crearon las Escuadras Especiales, también conocidas como Los cuervos de la muerte. Estos escuadrones estaban conformados en su mayoría por judíos, quienes eran los encargados de enviar a sus compatriotas a las cámaras de gas y posteriormente tenían que sacar sus restos para enterrarlos. Al respecto ver, BOTERO, Adolfo Jerónimo & LEAL, Yuliana. “El mal radical y la banalidad del mal: las dos caras del horror de los regímenes totalitarios desde la perspectiva de Hannah Arendt”. En: Revista Universitas Philosophica, Vol. 30 No. 60: (Ene.-Jun. 2013). p 111.

16 Se resalta en la celebración del X Simposio Internacional de victimología que el debate todavía está en progreso con algunos intentos más recientes de resolverlo, como Knudten, quien propone “que los Victimólogos amplíen su conceptualización y definición de Victimología para incluir las cinco categorías de delincuencia: penal, política, económica, familiar y victimología médica”. Consultar, BEN-DAVID, Sarah. “Needed: Victim’s Victimology”, en: Xth International Symposium on Victimology - Victimology at the Transition From the 20th to the 21st Century. Montreal: World Society of Victimology Publishing, 2000. p. 58.

17 CUAREZMA. Op. cit. p. 304.

incluiría derechos para las víctimas, sino política de concientización y prevención victimal, es decir, se trabajaría en evitar que los hechos victimizantes logren su resultado desde el punto de vista penal.

Se considera, que esta última perspectiva victimológica es la pertinente en países donde las víctimas han tomado un protagonismo en pro de reivindicar y defender sus derechos, como el caso colombiano, al punto que la negociación y se puede expresar que la [superación] del conflicto interno armado ha sido posible precisamente por el desprendimiento de la tradicional forma de entender la justicia penal y cederle paso y autonomía a la justicia transicional¹⁸, desarrollada desde el año 2005 y con su nueva perspectiva después de la aprobación de la justicia especial para la paz, es decir, que reinventar la justicia como forma de superar el conflicto interno armado en Colombia, ha implicado, entre otros asuntos, que este país se desprenda del excesivo estudio del delincuente sugerido por la criminología y haya dado paso a la victimología, pero bajo una perspectiva demasiado ideal e irreal, quizás humanística, activista, influenciada por la defensa de los Derechos Humanos, pero lejos o desdibujada de todas y cada una de las categorías de víctimas existentes o arrojadas a lo largo de décadas de violencia armada, donde la relación criminal o el dúo criminal podía fácilmente coincidir en la misma persona o intercambiar el rol de víctima y victimario de momentos, lo que a su vez incluye medidas de carácter compensatorio, retributivo, restaurativo y trans-

¹⁸ Desde una perspectiva cronológica del proceso de justicia transicional en Colombia se puede estudiar a ABUCHAIBE quien indica, que la misma se debe analizar en dos momentos: Un primer momento que inicia con la expedición de la Ley 975 de 2005 y que denomina monolítico, y un momento de amplia proliferación de instrumentos al que llama justicia transicional de expansión que se crean a partir del año 2010. Por justicia transicional monolítica entiende los desarrollos que se surten entre los años 2005 y 2009 y que, de actuación limitada, giraron alrededor de un solo instrumento: la denominada Ley de Justicia y Paz, que si bien, la mencionada ley introducía un modelo judicial penal de carácter especial y enfoque responsabilizante, también abarcaba, de manera enunciativa, una serie de principios y derechos en cabeza de las víctimas, pero con límites. Ver, ABUCHAIBE, Heidi. La justicia transicional del pos-acuerdo con las FARC-EP. En: Revista OPERA, No. 20, (Ene.-Jun. 2017). p. 129-153.

formador, pero no excluyentes, ni complejas, como sucede con las víctimas del conflicto armado en Colombia, donde un gran número de ellas se encuentran fuera de las políticas públicas por expresa disposición de la ley de víctimas¹⁹, tal es el caso de los ex miembros de los grupos organizados al margen de la ley y algunos miembros de la fuerza pública que no pueden invocar, ni siquiera los convenios de Ginebra para demostrar el daño que pudieron haber sufrido con ocasión del conflicto.

En conclusión, desarrollar un proceso transicional, jurídicamente guiado por dos normas, a saber la ley de justicia y paz y la justicia especial para la paz, esclarecer los hechos de más de 7 décadas con la participación de militares, políticos, paramilitares, guerrilleros y víctimas en la ejecución de dichos hechos no puede reducirse a la tradicional criminología, así como no se ejecuta, bajo el clásico derecho penal en lo que a lo procesal respecta, entonces deberá en Colombia entenderse la amplitud que requiere la victimología para proyectar políticas de prevención desde una nueva o especial perspectiva que no sea la tradicional. En los términos de Uprimny, es una condición normal de los procesos transicionales que “presentan un carácter dinámico y tienen unas especificidades que les permiten tener características de uno o varios tipos, así como comenzar escogiendo una vía transicional y terminar optando por otra”²⁰, aplicado a la victimología, sino se desliga de la criminología, no podrá demostrar su amplitud y no podrá evidenciar su capacidad de frenar que se siga siendo un país de

19 Véase: Artículo 3, parágrafo 5º de la Ley 1448/2011: “...” “La definición de víctima contemplada en el presente artículo, en ningún caso podrá interpretarse o presumirse reconocimiento alguno de carácter político sobre los grupos terroristas y/o armados ilegales, que hayan ocasionado el daño al que se refiere como hecho victimizante la presente ley, en el marco del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos, de manera particular de lo establecido por el artículo tercero (3º) común a los Convenios de Ginebra de 1949. El ejercicio de las competencias y funciones que le corresponden en virtud de la Constitución, la ley y los reglamentos a las Fuerzas Armadas de combatir otros actores criminales, no se afectará en absoluto por las disposiciones contenidas en la presente ley.

20 UPRIMNY, Rodrigo. “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”. En: Revista Internacional de Derechos Humanos, Vol. 4. No. 6 (2007). p. 52.

víctimas, es decir, no se le permitirá proyectar políticas de prevención victimal, sino las tradicionales políticas de prevención criminal.

LA CATEGORÍA VÍCTIMA: UN ESTUDIO DESDE LA EVOLUCIÓN DE LA VICTIMOLOGÍA

Se partirá por indicar que el origen del termino víctima, no coincide con el origen de la victimología como disciplina o ciencia²¹. Se tiene, que el origen del término víctima se centra en un vocablo latino y en una voz indoeuropea: "etimológicamente el término "víctima" se sitúa en el vocablo latino víctima-"*victimae*", ser vivo sacrificado a un Dios, palabra, que a su vez, tiene su origen en la voz indoeuropea *wik-tima*, el consagrado o escogido, siendo *wik* un derivado del prefijo *weik*, que se refería a escoger, separar o poner aparte"²², pero independientemente de su significado etimológico la palabra víctima, fue evolucionando hasta considerarse como sujeto pasivo del delito, encontrándose que su evolución no ha sido uniforme, debido a que los pueblos evolucionan y dependiendo del lugar y el tiempo en que se dé y de acuerdo a las influencias que tenga el ser humano, así será también la percepción de quien es o no es víctima²³.

Ahora bien, en cuanto a la visible aparición de la "categoría víctima" en el ámbito internacional, se hizo notable en el desarrollo del juicio

21 La víctima siempre ha existido, desde el mismo momento en que se cometió el primer hecho delictuoso, tuvo que existir víctima, desde luego que no se le conoció en el momento mismo con ese nombre, pero la víctima o el sujeto que recibió el daño material, nace desde el instante en que se consumó el hecho delictivo, de ahí pues que la víctima nace prácticamente con el delito y tomando esa referencia tendríamos que decir que la víctima es tan antigua como el delito mismo. por supuesto, que no con ese nombre al que se hace mención, si no con otro término, pero al fin es víctima. Al respecto ver, CHAMPO SÁNCHEZ, Nimrod Mihael. "La víctima en el Derecho Penal". En: Revista entre libertad y castigo: Dilemas del Estado contemporáneo. En: Universidad Nacional Autónoma de México. Año:2013. p. 240.

22 CORREA, Magdalena & FERNÁNDEZ, Baltazar. El mito de la víctima aceptable. En: Revista de Victimología. No. 4: (Ene.-Jul. 2016). p. 33.

23 Se indica que a lo largo de la evolución de la humanidad y el desarrollo de los pueblos el concepto de víctima se ha ido ampliando, logrando una clasificación más amplia y en algunas legislaciones se han incluido algunos derechos para la víctima desde luego que dependiendo del lugar y el tiempo en que se dé y de acuerdo a las influencias que tenga el ser humano, ya sea creyente o ateo, doctrina política, nacional o extranjero. CHAMPO. Op. cit. p. 238.

que Israel en 1961 llevó a cabo contra Adolf Eichmann²⁴ por los hechos acaecidos en la conocida Alemania Nazi²⁵, donde dicho juicio se enfocó en la participación de la víctima de manera protagónica, tomándose la memoria de las propias víctimas como la fuente a partir de la cual se construiría la verdad, tal como lo relata Hannah Arendt, al referirse al desarrollo de dicho juicio en el que ella permaneció como víctima sobreviviente: "Al irse los corresponsales, el público no quedó formado por gente joven, ni tampoco por israelitas, sino que lo integraron los supervivientes, gentes maduras o de edad avanzada, emigrantes llegados de Europa, como yo misma, que sabían de memoria cuanto había que saber, que no estaban en disposición de ánimo propicia a recibir lecciones, y que en modo alguno necesitaban presenciar el juicio para extraer sus conclusiones"²⁶, de tal forma que las propias víctimas se hicieron notar en el desarrollo de dicho juicio, no solo con su presencia, sino como lo indica la misma Arendt con sus testimonios: "Mientras los testigos, uno tras otro, interminablemente, relataban escenas de horror, los asistentes escuchaban el relato público de historias que no hubieran podido soportar si sus protagonistas se las hubieran contado en privado, cara a cara"²⁷.

24 Teniente coronel de las SS y uno de los mayores criminales de la historia.

25 A diferencia de los juicios de Núremberg que se basaron fundamentalmente en evidencia documental, el juicio en Israel contra Eichmann se convirtió en un evento público donde las pruebas más importantes fueron los testimonios de las propias víctimas. Ver, URIBE, María Victoria. "Para saber en serio lo que pasa en Colombia". Obtenido de Razón Pública Web site: <https://razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/7033-las-victimas-del-conflicto-o-el-nuevo-protagonista-de-la-historia-colombiana.html>. Fecha de publicación: Agosto 26 de 2013. [Diciembre 1 de 2017]. Asimismo, se reconocen que los testimonios, no pueden representar todo lo que aconteció en los campos de concentración, por un lado, los testigos que sufrieron todo el proceso de deshumanización, no volvieron de los campos. Por otro lado, los testimonios de aquellos que sobrevivieron expresan experiencias individuales, perspectivas parciales (situadas y probablemente interesadas), y no necesariamente conocimientos generales e imparciales sobre su funcionamiento. Pero, no son solo los problemas epistémicos que plantea el uso de la memoria para la comprensión política lo que debe preocuparnos, Arendt reconoce que hay algo en la experiencia misma del horror en los campos que es intrínsecamente inefable: "No existen paralelos para la vida en los campos de concentración. Su horror nunca puede ser abarcado completamente por la imaginación por la simple razón de que permanecen al margen de la vida y de la muerte". En detalle, BOTERO & LEAL. Op. cit. p. 107.

26 ARENDT, Hannah. Eichmann en Jerusalén. Un estudio acerca de la banalidad del mal. Barcelona: Lumen, S. A., cuarta edición. 2003. p. 10 y 11.

27 *Ibid.*, p. 11.

El juicio de Eichmann, sin lugar a dudas constituye el primer escenario visible de la categoría víctima, quienes tuvieron la importante participación de revelar lo realmente sucedido y en presencia de Eichmann²⁸, como responsable, quien tuvo que escuchar, al igual que todos los presentes el relato de las escalofriantes atrocidades. Nótese, que este primer importante escenario para la "categoría víctima" no se basó en el sujeto activo, sino en el sujeto pasivo, es decir, la verdad se construyó con el testimonio de las víctimas, es decir, ellas cumplieron un rol activo, fueron testigos en el juicio y la verdad partió de lo expresado por las mismas; lo cual dista de la actual participación en la justicia transicional (específicamente en el proceso de Justicia y Paz en contra de los desmovilizados ex combatientes de las Autodefensas Unidas de Colombia, ya que el proceso transicional de la Justicia Especial para la Paz aún no ha tenido su primera audiencia) de las víctimas del prolongado conflicto armado en Colombia, pues en dicho proceso la verdad partió de lo expresado por los responsables en las denominadas "Audiencias de Versiones Libres"²⁹, quienes narran los hechos ejecutados para las autoridades y en presencia de las víctimas, quienes están en la misma sala de audiencia o en otra ciudad y a través de una transmisión escuchan a su victimario, los cuales iniciaron culpando al Estado y criticando a las víctimas, lo que reafirma que cada sociedad percibe "la categoría víctima" y su rol en los juicios de distintas maneras, pero este escenario se constituye en Colombia como el primero donde las víctimas se hicieron visible, públicas,

28 La figura del hombre responsable estaba en el interior de una cabina de vidrio durante el juicio y su cara se hacía más pálida y fantasmal, su figura no daba signos de vida, ni siquiera cuando el dedo acusador lo señalaba, y cuando la voz indignada clamaba: ¡Y aquí está sentado el monstruo responsable de todo lo ocurrido! *Ibidem*, p. 11

29 Son la etapa inicial del proceso de Justicia y Paz, contemplado en la Ley 975 de 2005, indican investigadores del Observatorio a la Verdad, la Justicia y la Reparación, como BECERRA, que dichas versiones libres iniciaron en diciembre de 2006 y son el punto de partida en la búsqueda de la verdad procesal, las cuales se redujeron en el inicio al relato de hechos en los que los paramilitares justificaron los crímenes cometidos, indicando que fueron acciones de ajusticiamiento llevabas a cabo por la ausencia e inoperancia del Estado en ciertas zonas. Corroborar en, BECERRA, Andrea. "Las versiones libres de los paramilitares y los derechos de las víctimas en la Ley 975 de 2005". 2007. [Abril 7 de 2018]. Disponible en: <https://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/pvoz4-04.pdf>.

abandonaron el miedo y relativamente fueron tomando protagonismo en las audiencias públicas, aunque paradójicamente se reitera, lo arriba indicado en un primer momento las víctimas fueron señaladas cuestionadas por sus victimarios³⁰.

En un segundo momento, por así decirlo, las víctimas han venido adquiriendo en Colombia el estatus de sujeto de derecho, social y político y ahora no se pueden omitir en la explicación del conflicto ni en los proyectos para darle fin. Pero, aún no son las víctimas quienes orientan la verdad y la memoria, no es el testimonio de ellas el que se escucha en las audiencias, solo se les exige un reporte previo de su hecho en el Registro Único de Víctimas –RUV– para hacerse parte del proceso y tener la posibilidad de preguntarle al victimario sobre su hecho, sin embargo fuera del proceso, se percibe una explosión de testimonios de las víctimas, el cual no ocupa el lugar de credibilidad en los procesos³¹, como históricamente sucedió en el juicio de Eichmann, donde la justicia exigió que el procesado fuera acusado, defendido y juzgado, y todos los interrogantes ajenos a esos fines, aunque parecieran de mayor trascendencia, fuesen mantenidos al margen del procedimiento, por ejemplo, “El tribunal no estaba interesado en aclarar cuestiones como: ¿Por qué ocurrió?, ¿Por qué las víctimas escogidas fueron precisamente los judíos?, ¿Por qué los victimarios fueron precisamente los alemanes?, ¿Cómo es posible que los judíos cooperaran, a través de sus dirigentes, a su propia destrucción?, ¿Por qué los judíos fueron al matadero como obedientes corderos?”³².

30 De manera fundamental se relata que en las versiones libres rendidas por los paramilitares se estigmatiza a las víctimas como auxiliares o miembros de la guerrilla y se descalifica a los familiares asistentes a la sala alterna como personas que buscan sacar provecho económico inventando crímenes y señalando culpables. *Ibíd.*, p. 6.

31 Ver informe en nombre de Memoria Histórica en razón pública, sitio web que recoge el relato de las víctimas en lo que ellos denominan la era y la hora de las víctimas en Colombia. ROJAS, Carlos. “Las víctimas del conflicto, o el nuevo protagonista de la historia colombiana”. [Mayo 1 de 2018]. Disponible en: <https://razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/7033-las-victimas-del-conflicto-o-el-nuevo-protagonista-de-la-historia-colombiana.html>.

32 ARENDT. Op. cit. p. 8.

En ese histórico momento para las víctimas del exterminio judío, la justicia no dio mayor importancia al hombre que se encontraba en la cabina de cristal, el objeto del juicio fue la actuación de Eichmann contada por las víctimas, el objeto del juicio no era revivir el sufrimiento de los judíos, no era pueblo alemán, ni tampoco el género humano, ni siquiera el racismo.

A contrario sensu, el juicio de los desmovilizados paramilitares en Colombia, no arrancó público en su totalidad, la versión libre que aún rinden, posibilitó y lo siguen haciendo, al desmovilizado presentar un relato unilateral de los hechos, es decir, que ellos son los testigos en el marco del proceso contemplado en la Ley 975 de 2005, ellos confiesan sus hechos, reconocen a algunas de sus víctimas, señalan que algunos miembros de la organización terminaron siendo víctima de la misma organización ilegal armada y relatan cómo actuaron junto a la fuerza pública³³, es decir, que dichos juicios constituyen la memoria del victimario, quien narra sus hechos, desde una perspectiva selectiva y justificadora de lo acontecido. De esas narraciones actuales en Colombia y los testimonios de las víctimas judías, se tiene varios aspectos comunes, entre ellos, evidenciaron que algunas víctimas, siendo víctimas se convirtieron en victimarias³⁴ y otros siendo victi-

33 En detalle verifíquese informe de BECERRA, quien afirma que en la versión libre rendida por Mancuso ante el Fiscal de Justicia y Paz, se refirió al mayor Walter Fratini, oficial del Batallón Junín fallecido en 1993, quien brindó apoyo logístico e información al grupo paramilitar que operaba en la zona. Asimismo, se indicó que durante la desmovilización de Ramón Isaza, el 7 de febrero de 2006, el jefe paramilitar aseguró que su grupo –Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio– coordinaba operaciones con el general Alfonso Manosalva, ex comandante de la Cuarta Brigada del Ejército, y con el mayor David Hernández, posteriormente conocido como el jefe paramilitar 39. BECERRA. Op. cit. 11.

34 Basta con señalar el relato de la superviviente Olga Lengyel, que prestaba servicios en un hospital, donde ella y sus compañeras sanitarias observaron en la enfermería que tras el parto, tanto la madre como el niño eran enviados a las cámaras de gas, pero que cuando el niño nacía muerto por prematuro o por otros motivos, las madres regresaban a la barraca. Descubrir esto les planteó una posibilidad de salvar vidas, pero a costa de matar a los niños. Tal decisión que entonces parecía sensata, ahora es una tortura, indica PAZ, en un estudio etnográfico sobre la denominada zona gris que esta crueldad se llevaba a cabo en palabras de Lengyel así: “Para conseguirlo tendríamos que hacer pasar a los niños por prematuros muertos en el parto. “...” Desde entonces cuando nos decían que una mujer había comenzado los dolores del parto durante el día, no la llevábamos a la enfermería. “...” Desgraciadamente la suerte del bebé siempre era la misma. Tomando todo tipo de precauciones,

marios se convirtieron en víctimas, es decir, que el rol de la víctima en la denominada pareja criminal y su aporte al hecho criminal en ciertos hechos victimizantes, reafirma uno de los objetos de estudio de la victimología desde su surgimiento, que no es otro que el estudio de las distintas tipologías victimológicas, donde históricamente algunas pasan de “víctimas a victimarias”, como lo fueron los cuervos de la muerte en la zona gris y como lo fueron los niños y adolescentes reclutados por los grupos organizados al margen de la ley al interior del conflicto colombiano y otras de “victimarias a víctimas”, tal como ocurrió con los integrantes de la organización armada ilegal que la misma organización “ajustició”³⁵ lo que hace necesario el estudio crítico de esos hechos desde el derecho penal, la política pública victimal y la victimodogmática³⁶ en concreta relación con la victimología, por ser la primera en evidenciar la necesidad científica de estudiar todas las tipologías de víctimas y como cada tipología aporta o no aporta nada al hecho criminal, lo cual es tan coherente, si la

le tapábamos las ventanas de la nariz y cuando abría la boca para respirar, le dábamos una dosis de un producto letal. Una inyección hubiese sido más rápida, pero el pinchazo dejaría huellas y no nos atrevíamos a que los alemanes sospechasen la verdad. Colocábamos al niño en la misma caja que habíamos traído de la barraca. A efectos de la administración del campo había nacido muerto. Y así es como los alemanes lograron hacer de nosotras mismas unas asesinas. Hasta el día de hoy, me persigue la imagen de estos niños asesinados. Nuestros propios niños habían muerto en la cámara de gas, habían arvido en los hornos de Birkenau y nosotras arrebátamos la vida de otros antes de que sus pulmones hubiesen emitido sus primeros gritos”. PAZ, Feliu. En el corazón de la zona gris, una lectura etnográfica de los campos de Auschwitz. Madrid: Trotta, 2010. p. 108 y 109.

- 35 Bajo la lógica del conflicto armado colombiano los grupos de Autodefensas surgen para enfrentar y combatir la violencia generada por los grupos guerrilleros, pero esa lógica la rompen durante varios años, donde entre ellos mismos se combatieron, al respecto en la sentencia de primera instancia contra José Mangones Lugo (excomandante del frente William Rivas del Bloque Norte de las AUC) el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en su Sala de Justicia y Paz, en sentencia del 31 de julio de 2015, con Ponencia de Eduardo Castellano Rosso. Rad. interno 1215, p. 607 y ss. en el párrafo 404 indica que dichas confrontaciones tuvieron lugar por motivos de insubordinaciones y venganzas personales.
- 36 Desde hace tiempo se viene hablando de “Victimodogmática”, como aquella orientación sistemática que se dedica a analizar las incidencias de la Victimología en el ámbito de la teoría del delito y en los tipos penales, es decir dentro de la dogmática penal. La hipótesis central de esta Victimodogmática se basa en los descubrimientos de la Victimología de que ciertas víctimas provocan o favorecen el hecho delictivo, creando una “co-responsabilidad” que influye sobre la calificación jurídico-penal de la conducta del autor, en términos de atenuar su responsabilidad o eximirla totalmente de ella. Al respecto, ver: PÉREZ, Citado por RODRÍGUEZ, Luis. “Derecho victimal y victimodogmática”. En: Revista Eguzkilore, No. 26: (2012). p. 136.

pretensión es evitar o prevenir dichos hechos, o no es acaso la criminología la ciencia que estudia el origen y las causas de la criminalidad con el fin de prevenir la misma, entonces es totalmente idóneo que exista una ciencia que estudia a las víctimas, el origen y las causas de llegar a ser víctimas para prevenir la victimización.

Lo primero, sea indicar que la victimología, desde su surgimiento, su estudio se ha centrado en clasificar a las víctimas en diversas tipologías, más que brindar una definición de las mismas, lo cual se observa desde sus precursores Mendelsohn en 1946 y Von Hentig en 1948, quienes realizaron la clasificación de las víctimas desde una perspectiva general, psicológica y jurídica. En cuanto a Mendelsohn³⁷, se tiene que las clasificó de una forma jurídico-penal que se puede considerar que atiende esencialmente a criterios culpabilísticos de la víctima en el hecho victimizante, pues señala que existen víctimas tan culpables como el infractor, víctimas que se exponen con ciertos comportamientos a ser víctimas, entre otras categorizaciones de víctimas. Por otro lado, se tiene que en su obra, Von Hentig³⁸, hace la primera clasificación general y psicológica de las víctimas, así como un estudio de las situaciones, resistencias e impulsos de las víctimas, incluyendo una enunciación de víctimas propensas a ser víctimas, tales como los niños por su inexperiencia, el ambicioso por sus ansias de dinero fácil, que termina siendo víctima por ejemplo de una estafa. De dichos planteamientos, se considera que al surgir la victimología su esencial objeto de estudio fue clasificar las tipologías de víctimas, bautizando dicho campo de acción con el nombre de victimología.

37 MENDELSON. Op. cit. p. 17.

38 VON HENTIG, Hans. *The Criminal and His Victim*. New Haven: Yale University, 1949. citado por GARCÍA-PABLOS De Molina (1993), 461p.

Entonces, atendiendo que estudiar a la víctima del delito de manera científica obedece esencialmente a clasificarlas, es decir, la victimología, no parte de definir la categoría víctima, sino de identificar tipologías victimológicas desde diversos puntos de vista, esencial y paradójicamente, desde un punto de vista culpabilístico, donde la víctima no es tan víctima, no es la víctima ideal y en el caso colombiano jurídicamente, de acuerdo a la ley de víctimas, “no es víctima”³⁹, desconocimiento que dista de los aportes de la victimología como ciencia, la cual desde su aparición “ha priorizado en revisar situaciones que llevan a que una persona esté propensa a ser víctima”⁴⁰, lo cual se refleja en el pensamiento de Mendelsohn bajo el concepto de victimidad⁴¹. En igual sentido, se refiere Neuman, sobre la victimidad, al definirla como fenómeno específico que caracteriza todas las categorías de víctimas cualquiera que sea la causa de su situación; siendo a su vez coincidente con Mendelsohn cuando utiliza el término específico de victimidad para referirse a las características de ciertas tipologías de víctimas que desarrolló⁴².

39 Al respecto: “...” Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad. Para los efectos de la presente ley, el o la cónyuge, compañero o compañera permanente, o los parientes de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley serán considerados como víctimas directas por el daño sufrido en sus derechos en los términos del presente artículo, pero no como víctimas indirectas por el daño sufrido por los miembros de dichos grupos. Véase: Artículo 3, Parágrafo 2 de la Ley 1448/2011.

40 Aquí es fundamental advertir que TAMARIT, indica que la construcción de la victimidad entraña un proceso de elaboración de identidad. En una sociedad caracterizada por una creciente pluralidad y diversidad, estos procesos devienen más complejos. La pertenencia a un grupo o a una minoría social o el carácter intracomunitario o intercomunitario del conflicto son factores relevantes. La percepción de la victimidad juega un papel en la construcción de la identidad del grupo. Una muestra de ello está en los procesos de transición en situaciones de post-conflicto o en las formas de criminalidad con una dimensión política, como por ejemplo en el terrorismo. En los casos de victimización producidos en el contexto de un conflicto social a gran escala, el relato de la victimización y la construcción de la victimidad dan paso a la elaboración de identidades colectivas, a través de mecanismos como la transmisión intergeneracional del trauma. Los procesos de justicia transicional deben por ello asumir el reto de gestionar las necesidades de pacificación y de justicia surgidas en sociedades con identidades fragmentadas o en conflicto. Ver: TAMARIT, Josep. “Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad”. En: Revista para el análisis del Derecho InDret: Revista para el análisis del Derecho, No.1 (Ene. 2017). p. 1-31.

41 MENDELSON, Benjamín. “La victimología y las tendencias de la sociedad Contemporánea”. En: Revista Llanud, al día. Vol. 4 No. 10: (Ene.-Jun. 1981). p. 57

42 NEUMAN. op. cit. p. 136.

Entonces, para efectos de recordar la evolución⁴³ de la victimología, es pertinente utilizar el término victimidad por ser el que “los expertos en victimología”⁴⁴ han acuñado para referirse a los factores políticos, sociales, culturales generadores de las tipologías victimológicas. De manera formal, se tiene que es en el año de 1956 en qué inicia la victimología cuando Mendelsohn en un artículo publicado en inglés y en francés, denominado “*Une nouvelle branch de la science biopsychosocial: La victimology*”⁴⁵, expresa desde el mismo título que se está frente a una nueva ciencia y en su explicación afirma que debe ser nueva ciencia. En 1958, Mendelsohn presenta varios trabajos: “La llamada Victimología”, “La Víctima en la Estafa”, entre otros, donde esboza la correlación de culpabilidad existente entre la víctima y el infractor⁴⁶, acudiendo a unas tipologías victimológicas, tales como: víctima inocente, víctima de culpabilidad menor, la víctima más culpable, inclusive se indica la tipología de la falsa víctima, entre otras.

En 1959, Mendelsohn publica otro artículo, el cual lleva por nombre “*current science victimology*”, es decir, bajo el título de “La Victimología, ciencia actual”, dicho autor enfatiza que está frente a una nueva ciencia y trata de cuantificar el grado de la contribución de la víctima culpable en el delito, señalando como en el 26 % de unos casos seleccionados, los mismos fueron precipitados por la propia víctima⁴⁷, planteamiento que denominó Van Dijk “*Blaming*

43 Los antecedentes de la victimología como ciencia, se ubican en el siglo XX, específicamente en los años 40, como respuesta de los judíos al Holocausto, señalándose que no fue mera coincidencia que Mendelsohn fuera judío, y Von Hentig, un alemán perseguido por los nazis. Ver: BODERO. Op. cit. p. 77.

44 VON HENTIG Hans; MENDELSON, Benjamín; FATTAH, Ezzat; NEUMANN Elias; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; MARCHIORI, Hilda; BODERO, René Edmundo; REYES, Manuel; RUPÉREZ, Mate, entre otros.

45 En cuya obra es donde acuña desde el título del artículo el término victimología, nunca antes formalizado en un texto, pero sí enunciado verbalmente por el mismo Mendelsohn. MENDELSON op. cit. p. 11.

46 Se puntualiza que Mendelsohn viaja a Buenos Aires y en un seminario del Doctorado de la Universidad de Buenos Aires. Al respecto, MÁRQUEZ, Alvaro. “La Victimología como estudio. Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal”. En: Revista Prolegómenos - Derechos y Valores. Vol. 14, Núm. 27: (Ene.-Jul. 2011). p.27-42.

47 Indicándose que desde el punto de vista penal el precursor de la victimología plantea una coresponsabilidad en ciertos delitos de la víctima con el delincuente, planteamiento que fue explicado en la celebración de los 50 años de la criminología por el entonces presidente de la Asociación Mundial de Victimología, quien al referirse a la evolución de la criminología

*the victim*⁴⁸, que traduce “culpando a la víctima” en el escenario del noveno simposio internacional de la sociedad mundial de victimología. Como puede observarse, desde su origen la victimología comprendió que la víctima genera, provoca, acelera, algunos hechos victimizantes, entonces no se está frente a una categoría históricamente desconocida cuando se indica que en el conflicto interno armado en Colombia, ciertos victimarios pasaron a ser víctimas y otros de víctimas pasaron a ser victimarios; lo que inquieta es el desconocimiento de los aportes teóricos de la victimología, lo cual no es una discusión nueva, sino un planteamiento de mediados del siglo XX, es decir, que la clasificación de la víctima en tipologías con criterios culpabilísticos surge con la misma victimología, por ende los planteamientos excluyentes de la ley de víctimas en Colombia cuando señala que ciertas personas pese a haber sufrido un daño con ocasión del conflicto armado interno, no serán consideradas víctimas⁴⁹, deja un inmenso interrogante, que se enfatizó con la constitucionalidad emitida por la Corte Constitucional a dicha ley, que sin lugar a dudas, desconoce el objeto de estudio de la victimología como ciencia que estudia las tipologías de víctimas y desconoce que teóricamente la categoría víctima no puede ser

desde 1947 hasta 1997 detalla lo planteado por Mendelsohn en el artículo al que se hace alusión que fue publicado en 1959, del cual no se pudo precisar en qué revista fue publicado. MENDELSON, citado por: VAN DIJK, Jam. “Introducing Victimology”. *Victimology*, fifty years on, Amsterdam, August 25 to 29/1997. p. 2

48 *Ibid.* p. 2 y ss.

49 “...” Parágrafo 2°. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad. Para los efectos de la presente ley, el o la cónyuge, compañero o compañera permanente, o los parientes de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley serán considerados como víctimas directas por el daño sufrido en sus derechos en los términos del presente artículo, pero no como víctimas indirectas por el daño sufrido por los miembros de dichos grupos. “...” Parágrafo 5°. La definición de víctima contemplada en el presente artículo, en ningún caso podrá interpretarse o presumirse reconocimiento alguno de carácter político sobre los grupos terroristas y/o armados ilegales, que hayan ocasionado el daño al que se refiere como hecho victimizante la presente ley, en el marco del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos, de manera particular de lo establecido por el artículo tercero (3°) común a los Convenios de Ginebra de 1949. El ejercicio de las competencias y funciones que le corresponden en virtud de la Constitución, la ley y los reglamentos a las Fuerzas Armadas de combatir otros actores criminales, no se afectará en absoluto por las disposiciones contenidas en la presente ley. Al respecto se tipifica en los parágrafos 2° y 5° del artículo 3 de la Ley de víctimas y restitución de tierras en Colombia (Ley No. 1448 de 2011).

percibida en un plano horizontal, es necesario estudiarlas y categorizarlas, sin desconocer el rol que cada uno realmente cumplió en el conflicto, no se puede prevenir, si se desconoce el origen y la dinámica propia de cada conflicto.

Por otro lado, en 1961 se tiene que Von Hentig, publica el segundo volumen de su tratado sobre el delito, denominado "*Das Verbrechen II*"⁵⁰, que traduce "El Crimen II", donde expone los fundamentos de una teoría de la escena del crimen. Luego, en 1964, Von Hentig pública el tercer volumen de sus estudios de psicología criminal "*La Estafa III*"⁵¹, donde enuncia una tipología victimológica denominada: "Víctima con ánimo de lucro", que es aquella que por codicia, por deseo de enriquecimiento fácil, cae en manos de estafadores.

A partir, de la década de los 70, empieza la victimología a desarrollarse en los eventos académicos y científicos, iniciándose en 1973, con la celebración en Jerusalén del Primer Simposio Internacional de Victimología, planteándose las discusiones de dicho evento en cuatro secciones científicas: "1. El estudio de la Victimología: concepto, definición de víctima, metodología y otros aspectos disciplinarios. 2. Relación victimario-víctima: delito contra la persona, la propiedad, delitos sexuales, etc. 3. Sociedad y víctima. 4. Política: prevención, resarcimiento, tratamiento"⁵², con lo cual, los criminólogos defensores de la victimología la declaran ante el mundo científico como ciencia. En 1975, se firma un Convenio Internacional de estudios sobre Victimología en Bellagio (Italia), patrocinado por el Comité de Asuntos Científicos de la OTAN, resaltándose la importancia de la victimo-

50 VON HENTIG, Hans. *Das Verbrechen II*. Berlín: Editorial Springer, 1961. p. 198 y ss.

51 En estas serie de monografías HENTIG, considera que todo el mundo ha sido estafado alguna vez, que la estafa hace palidecer a los demás delitos y los estafadores no guardan ninguna analogía con aquellos tipos que, procedentes de las épocas de violencia despiertan, nuestro instinto del miedo, finaliza expresando que cada día aparece sobre la tierra un engañado nuevo. Al respecto ver: VON HENTIG, Hans. *La estafa*. Vol. III. Madrid: Espasa – Calpe, cuarta edición, 1964. p. 218.

52 CUAREZMA. Op. cit. p. 303.

logía⁵³, y la necesidad de crear sociedades o fundaciones en pro de la victimología en el mundo. Partiéndose en 1979 con la creación de la "Sociedad Mundial de Victimología"⁵⁴, liderada Von Hentig, junto con otros criminólogos como Joachim Schneider, en el desarrollo del Tercer Simposio Internacional de Victimología celebrado en Munster, lo cual se percibe como una piedra importante en el desarrollo y reconocimiento de la Victimología como disciplina científica.

Con la creación de esta sociedad mundial de victimología, se deduce uno de los aspectos más importantes de la Victimología, referida a que no solamente debe hacer prevención criminal sino prevención victimal, es decir, no solo hay que evitar que algunos sujetos sean criminales, también puede evitarse que muchas personas lleguen a ser víctimas, en definitiva, como lo plantea Cuarezma: "es importante enseñar a la gente a no ser víctimas"⁵⁵. Para dicha enseñanza o prevención, los victimólogos, recurrieron inicialmente a la clasificación o tipologías de víctimas, donde se puede precisar que de manera pública y escrita su principal antecedente se centra en la obra "*The criminal and his victims*" del alemán Hentig, la cual data de 1948, donde al parecer no define la victimología, ni define la victimidad, pero sí realiza una clasificación de las víctimas de manera general y unas tipologías psicológicas, centrándose en las mujeres, los niños, los ancianos, los homosexuales, los viciosos y demás personas que consideraba altamente victimizables.

53 MÁRQUEZ. Op. cit. p. 34.

54 BEN DAVID, sugiere una serie de obligaciones a cumplirse en la victimología con las reglas científicas y los métodos aceptados de investigación; a su vez, el carácter científico implícito de la victimología sugiere un enfoque en problemas que son investigables por métodos empíricos. Ver: BEN-DAVID, Sarah. "Needed: Victim's Victimology", en: Xth International Symposium on Victimology - Victimology at the Transition From the 20th to the 21st Century. Montreal: World Society of Victimology Publishing, 2000. [Mayo 3 de 2000] Disponible en: https://www.ariel.ac.il/images/stories/site/personalSites/SarahBenDavid/mamrim/mamrim2/victimology_at_the_transition.pdf.

55 CUAREZMA. Op. cit. p. 304.

De ese modo, en este mismo texto, Hentig le dice al mundo científico que ciertos delitos resultan inexplicables si no se los examina bajo la relación existente entre autor-víctima y peor aún, si no se contempla la conducta cooperadora e incluso provocadora del sujeto pasivo asumida en la realización de algunos delitos, citando como ejemplo a la prostituta: "La mujer se encierra con enfermos mentales, borrachos, psicópatas y perversos. Desde entonces, determinar en qué medida la víctima contribuye a su victimización se constituyó en una importante inquietud para el derecho penal y para la criminología para ampliar las fronteras entre delito y pena, y no se puede negar que es un aporte de la victimología a dichas ciencias.

En este sentido, Mendelsohn también identificó en su clasificación o tipologías de víctimas, varias con culpabilidad en el delito, citando como ejemplo la persona que a la salida del banco, en una vía insegura, empieza a contar los fajos de billetes que acaba de entregarle el cajero, la cual denomina "víctima de culpabilidad menor o víctima por ignorancia"⁵⁶.

De los anteriores ejemplos, es viable analizar, en qué medida las personas que ingresan a una organización al margen de la ley en Colombia, con el simple ingreso o militancia contribuyen a su posible futura victimización, es que este convive con delincuentes armados, organizados, perversos, entre otros calificativos que acompañan la crueldad ejecutada al interior del conflicto colombiano, no se trata de ser abogada del diablo, sino de reconocer que la victimología sigue teniendo su principal objeto de estudio vigente, existiendo la necesidad de revisar las políticas públicas para víctimas, en el entendido que no contemplan estrategias de prevención del hecho victimal, ni indican cómo hacerse prevención victimal, se limitan a

56 MENDELSON. Op. cit. p. 57 y ss.

medidas reparadoras⁵⁷ que se contemplan en el marco de la justicia transicional en Colombia como uno de los derechos de las víctimas, a saber: verdad, justicia y “reparación”.

Asimismo, es cuestionable la manera como se prohíbe de manera legal a las víctimas la posibilidad de acudir a otras vías judiciales y probar la verdad material de lo ocurrido, tratándose por ejemplo de la participación de agentes estatales en los hechos ocurridos al interior del conflicto: “El hecho que el Estado reconozca la calidad de víctima en los términos de la presente ley, no podrá ser tenido en cuenta por ninguna autoridad judicial o disciplinaria como prueba de la responsabilidad del Estado o de sus agentes”⁵⁸, se considera que lo oportuno era indicar que no habrá lugar a la indemnización económica, pero limitar el derecho a la verdad y a la justicia, no es percible y desconoce históricamente que el fin de los peores conflictos armados internacionales han llegado a su verdadero fin precisamente por juzgar a todos los responsables, incluyendo a quienes integran el estado, sin dejar por fuera a ningún responsable y sin importar el termino trascurrido, verbigracia las condenas por “complicidad” por más de 28.000 asesinatos en el campo de exterminio de Sobibor contra John Demjanjuk a cinco años de prisión en el año 2011 y la condena, también por complicidad” impuesta en julio del año 2015 en Luneburgo al “contador de

57 El Estado reconoce que todo individuo que sea considerado víctima en los términos en la presente ley, tiene derecho a la verdad, justicia, reparación y a que las violaciones de que trata el artículo 3o de la presente ley, no se vuelvan a repetir, con independencia de quién sea el responsable de los delitos. Las medidas de atención, asistencia y reparación adoptadas por el Estado, tendrán la finalidad de contribuir a que las víctimas sobreleven su sufrimiento y, en la medida de lo posible, al restablecimiento de los derechos que les han sido vulnerados. Estas medidas se entenderán como herramientas transicionales para responder y superar las violaciones contempladas en el artículo 3o de la presente Ley. “...”. Ver: Artículo 9 de la Ley No. 1448 de 2011.

58 “...” Por lo tanto, las medidas de atención, asistencia y reparación contenidas en la presente ley, así como todas aquellas que han sido o que serán implementadas por el Estado con el objetivo de reconocer los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, no implican reconocimiento ni podrán presumirse o interpretarse como reconocimiento de la responsabilidad del Estado, derivada del daño antijurídico imputable a este en los términos del artículo 90 de la Constitución Nacional, como tampoco ningún otro tipo de responsabilidad para el Estado o sus agentes. “...” Ver: Ley No. 1448 de 2011, Artículo 9.

*Auschwitz*⁵⁹, la cual fue confirmada el pasado 20 de septiembre de 2016 por un tribunal alemán en Hannover, habiendo transcurrido más de 70 años de la ocurrencia de los hechos, negándosele un indulto e indicándose que debía cumplir 4 años en prisión.

EL ROL DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS INVESTIGADOS EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA

El artículo 8° de la Ley 1448 de 2011, denominada ley de víctimas y restitución de tierras, define la justicia transicional como:

Los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente Ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible⁶⁰.

Asimismo, se tiene que la Corte Constitucional colombiana, mediante Sentencia C-180 de 2014, referencia la Sentencia C-052 de 2012, al

59 Se recuerda que Oskar Gröning, mejor conocido como el "contador de Auchswitz", fue condenado por complicidad en el asesinato de 300 mil personas, atendiendo que sirvió en el campo de concentración y exterminio de Auschwitz, donde controlaba el ingreso de los convoyes de prisioneros, entre 1942 y 1944. El exmilitar había sido juzgado en julio de 2015 en un proceso en Luneburgo, en el noroeste de Alemania y en enero, la justicia de Hannover rechazó la petición de indulto presentada por el nonagenario, su último recurso para evitar la cárcel. Durante décadas, las personas que colaboraron de forma indirecta en asesinatos masivos no fueron sentadas ante la justicia, pero el cambio de enfoque judicial, que permitió llevar ante el juez a quienes cooperaron con la maquinaria de exterminio nazi, vino propiciado por la condena de John Demjanjuk por complicidad en más de 28.000 asesinatos en el campo de exterminio de Sobibor. Hasta entonces las Fiscalías alemanas solo presentaban demandas contra aquellos sobre los que podían demostrar una participación directa en los delitos, debido a una sentencia de 1969 de la Corte Suprema que sostenía que no todo aquel que estuvo involucrado en la maquinaria asesina de los campos de concentración podía ser responsabilizado por todo lo que ocurrió dentro. Ver: AMBITO.COM, sección mundo, publicado: Marzo 12 de 2018.

60 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1448/2011, Artículo 8.

pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 3° (parcialmente) de la Ley 1448 de 2011, recordando:

Puede entenderse por justicia transicional una institución jurídica a través de la cual se pretende integrar diversos esfuerzos, que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia, situaciones de excepción frente a lo que resultaría de la aplicación de las instituciones penales corrientes.⁶¹

En similar sentido, en la Sentencia C-579 de 2013 señaló la Corte que:

La justicia transicional está constituida por un conjunto de procesos de transformación social y política profunda en los cuales es necesario utilizar gran variedad de mecanismos para resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de lograr que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. "... Esos mecanismos "... comprenden el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos⁶².

Entonces, entender el rol de las víctimas en el desarrollo de la justicia transicional en Colombia, requiere de la comprensión previa de dos derechos esencialmente, en primer lugar "la justicia", materializada en la lucha contra la impunidad, a su vez realizada en el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y en segundo lugar en el derecho de

61 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-180/2014. M.P.: Alberto Rojas Ríos. Marzo 27 de 2014.

62 *Ibíd.* Sentencia C-579/2013 M.P.: Jorge Pretelt Chaljub, citada en Sentencia C-180/2014.

ser “reparadas integralmente” por el daño sufrido con ocasión del conflicto interno armado. En cuanto, a la lucha contra la impunidad, es menester concebirla como:

La inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas⁶³.

Dicha impunidad para ser combatida, para acabar con la inexistencia de derecho, para suprimir la ausencia de responsabilizar a los autores de los delitos que se cometieron con ocasión del conflicto interno armado en Colombia, los cuales vienen siendo investigados y juzgados por la justicia transicional mediante las Leyes 975/2005⁶⁴, en el capítulo relativo a los principios de dicha ley y en la Ley 1592/2012⁶⁵, donde se indica dichos principios y derechos, agregándose el derecho de las víctimas de participar de manera directa o por intermedio de su apoderado en todas las etapas del proceso, de tal forma que resulta pertinente referenciar el conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, que contempla cuatro principios que integran dicha lucha contra la impunidad como derecho de las víctimas en los enjuicia-

63 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. RESOLUCIÓN E/CN.4/2005/102/Add.1 DE LA ASAMBLEA GENERAL: “Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, los cuales fueron actualizados por la COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, en el 61° período de sesiones, en el Tema 17 del programa provisional (Febrero 8 de 2005).

64 Objeto de la presente ley. Tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Ver: Ley 975/2005, Artículo 1°.

65 Derechos de las víctimas. Las víctimas tienen derecho a la verdad, la justicia y la reparación integral. “...” Para estos efectos las víctimas tendrán derecho a participar de manera directa o por intermedio de su representante en todas las etapas del proceso a las que se refiere la presente ley, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1448 de 2011. La magistratura velará porque así sea. Ver: Ley 1592/2012, Artículo 6°.

mientos penales, planteados para las investigaciones en el marco de un proceso que da lugar a un diálogo nacional en favor de la democracia o a negociaciones de paz para ponerle fin a un conflicto armado, como el caso que nos ocupa, que se aplica con el fin de ponerle fin a un conflicto de más de siete décadas, pero sea cual fuere su forma, los protagonistas o las partes interesadas deben convenir en tomar medidas contra la impunidad y en contra de la repetición de las violaciones de los derechos humanos⁶⁶, orientándose bajo los siguientes principios:

- Principio 2. El derecho inalienable a la verdad⁶⁷.
- Principio 3. El deber de recordar⁶⁸.
- Principio 4. El derecho de las víctimas a saber⁶⁹.
- Principio 5. Garantías para hacer efectivo el derecho a saber⁷⁰.

66 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. RESOLUCIÓN E/CN.4/2005/102/Add.1 DE LA ASAMBLEA GENERAL. Op. cit. pp. 1.

67 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. RESOLUCIÓN E/CN.4/2005/102/Add.1, Principio 2: Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones.

68 *Ibid.*, Principio 3: El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas.

69 *Ibid.*, Principio 4: Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima.

70 *Ibid.*, principio 5: Incumbe a los Estados adoptar las medidas adecuadas, incluidas las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento independiente y eficaz del poder judicial, para hacer efectivo el derecho a saber. Las medidas apropiadas para asegurar ese derecho pueden incluir procesos no judiciales que complementen la función del poder judicial. Las sociedades que han experimentado crímenes odiosos perpetrados en forma masiva o sistemática pueden beneficiarse en particular con la creación de una comisión de la verdad u otra comisión de investigación con objeto de establecer los hechos relativos a esas violaciones de manera de cerciorarse de la verdad e impedir la desaparición de pruebas. Sea que un Estado establezca o no un órgano de ese tipo, debe garantizar la preservación de los archivos relativos a las violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y la posibilidad de consultarlos.

El primero de ellos, el *Derecho Inalienable a la verdad*, consistente en “el derecho individual y colectivo a saber los hechos, las circunstancias, las causas, las consecuencias, los responsables y las víctimas de las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario”⁷¹, contemplado desde el objeto de la ley de justicia y paz⁷² en Colombia, ratificado en el artículo 4 de la misma ley que indica que el proceso de reconciliación generado con la ley de justicia y paz deberá promover el derecho de las víctimas a la verdad⁷³, y de manera específica el artículo 15 de la Ley 1592 de 2012, referido a la verdad como derecho inalienable de las víctimas a conocer de manera efectiva la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, atendiendo patrones de macrocriminalidad, aplicando criterios de priorización y en colaboración con los desmovilizados para dar con el paradero de las personas desaparecidas:

Artículo 15. Esclarecimiento de la verdad. Dentro del procedimiento que establece la presente ley los servidores públicos dispondrán lo necesario para que se asegure el esclarecimiento de la verdad sobre el patrón de macrocriminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley y se pueda develar los contextos, las causas y los motivos del mismo.

La investigación se surtirá conforme a los criterios de priorización que determine el Fiscal General de la Nación en desarrollo del artículo 16A de la presente Ley 74. En todo caso, se garantizará el

71 NEWMAN-PONT, Vivian. “Falso o verdadero ¿el derecho a la verdad es norma imperativa internacional? En 14 International Law. En: Revista Colombiana de Derecho Internacional, 2002. P. 52.

72 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA: Ley 975/2005. Op. cit., artículo 1.

73 Derecho a la verdad, la justicia y la reparación y debido proceso. El proceso de reconciliación nacional al que dé lugar la presente ley, deberá promover, en todo caso, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y respetar el derecho al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados. *Ibid.*, Ley 975/2005. Artículo 4°.

74 Nota aclaratoria. El texto subrayado fue declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-694 de 2015.

derecho de defensa de los procesados y la participación efectiva de las víctimas.

“...” Con la colaboración de los desmovilizados, la Fiscalía General de la Nación, con el apoyo de la policía judicial investigará el paradero de personas secuestradas o desaparecidas, e informará oportunamente a los familiares sobre los resultados obtenidos. Parágrafo. “...”⁷⁵

Ahora bien, si se tiene que evaluar o valorar el rol de la víctima en pro de su derecho inalienable a saber la verdad, a través del ejercicio de los mecanismos judiciales planteados por estas normas se debe indicar que judicialmente el principio de verdad se construye con lo versionado por el postulado, quien de manera unilateral justifica la realización del delito indicando: la víctima era miembro de una organización subversiva, la víctima era un delincuente común, la víctima era auspiciadora de un X o Y frente guerrillero, es decir, el argumento que reposa en los procesos es el del victimario, quien, a lo largo de los casi 13 años del proceso transicional ha recreado una víctima, no tan víctima, lo que refleja una verdad judicial aportada por el victimario, sin la efectiva oportunidad procesal de confrontarse dicha versión con un testimonio judicial de la víctima, quien solo puede dejar una constancia de no compartir el señalamiento revictimizante, basta con mirar un expediente⁷⁶ para aseverar que las autoridades de justicia y paz únicamente reflejan en sus providencias el minuto a minuto narrado por el victimario.

Aunado a lo anterior, se tiene la premura del ente investigador en concentrar las audiencias que se surten al interior de la justicia transicional, sin garantizar la eficaz participación de las víctimas, entonces

⁷⁵ Ver: Ley 1592/2012. Artículo 15. Esclarecimiento de la verdad.

⁷⁶ BECERRA. op. cit. p. 21

resulta preocupante la ausencia investigativa para establecer la verdad, aun vulnerando el derecho legal referido a la participación de la víctima en todas y cada una de las audiencias y el derecho fundamental al debido proceso, tal como se evidencia en el recurso de apelación incoado por la Fiscalía 44 de Justicia y Paz, contra la decisión del 25 de mayo de 2015 ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín⁷⁷, atendiendo que dicho tribunal negó la solicitud de acumulación de procesos seguidos contra los postulados de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –FARC–, adscritos a los Bloques Sur, Magdalena Medio, Caribe y Oriental, así como a los Comandos Conjuntos de Occidente y Central, y algunos otros del Bloque José María Córdoba, solicitud que realizó la fiscalía teniendo en cuenta que se cursaba la actuación con criterios de priorización en contra de los frentes 5 y 47 del Bloque José María Córdoba, también denominado Noroccidental o Iván Ríos.

Frente a esta solicitud los representantes de las víctimas se opusieron esencialmente alegando que la pretendida acumulación contrariaba los derechos de verdad y justicia, manifestándose en los siguientes términos:

La acumulación pretendida por el delegado de la Fiscalía no resulta viable desde el punto de vista práctico por la infinidad de regiones del país involucradas, lo cual va en contra vía de los derechos a la verdad, justicia y reparación que asiste a las víctimas, y exteriorizan además su preocupación por la suerte que correrían los procesos

⁷⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE JUSTICIA Y PAZ, Radicado: No. 46.140. AP5916-2015. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero. Octubre 7 de 2015. Debe destacarse, que este recurso encierra una solicitud de acumulación de más de 170 postulados que operaban en más de 5 departamentos del país en más de 6 frentes y comandos de la FARC, de tal forma que el alto Tribunal acertadamente argumentó que “acumular la actuación respecto de ciento setenta (170) postulados, multiplicidad de hechos y un universo inmenso de víctimas y de desmovilizados, impediría el ejercicio de una adecuada y verdadera defensa material y técnica, circunstancia resaltada por algunos defensores de los postulados”.

que en la actualidad se encuentran en audiencia de incidente de reparación integral en la justicia ordinaria⁷⁸.

Debe precisarse, que la verdad judicial es necesaria, pero si dicha verdad queda insuficiente o a medias, le corresponde a las víctimas construir la "verdad histórica", lo que efectivamente vienen realizando por fuera del proceso y de manera activista al interior de organizaciones de víctimas del conflicto interno armado, pero se hace necesario que como aquellos juicios históricos referenciados al inicio de este escrito los testimonios de las víctimas sean la verdad que se plasme en los procesos y que los criterios de priorización sean atendiendo las víctimas y no los postulados porque los patrones de macrocriminalidad evidenciados revelan infinidades de víctimas de homicidio en persona protegida, desplazamiento forzado en persona protegida, desaparición forzada en persona protegida, entre otros delitos donde el sujeto pasivo generalmente hacía parte de la población protegida por el Derecho Internacional Humanitario, lo que fácilmente puede constituir un criterio de priorización, atendiendo a la víctima.

El segundo, de ellos contempla, *el deber de recordar*, consistente en la memoria de lo ocurrido, que cobra vigencia después de la II Guerra Mundial⁷⁹, es un deber del sobreviviente para con el hundido para

⁷⁸ *Ibíd.* P. 7

⁷⁹ Al respecto ver: JARAMILLO & DELGADO, al reflexionar sobre el "Deber del olvido" y "Razones de olvido" en la justicia transaccional colombiana, indicando que a diferencia de Benjamín una víctima más de la guerra, un "sobreviviente" como Primo Levi, resulta también emblemático para pensar ese deber. De hecho es a quién se adjudica el origen del término (1994). Desde su perspectiva sería un resquicio importante para seguir viviendo después de sobrevivir a los campos de concentración. Es un deber para con el hundido (el que no lo logró) y es una obligación para el salvado (el que lográndolo) debe dar cuenta de lo que pasó. Pero también es un llamado a la sociedad, para que a través del relato, exorcice, libere, reconstruya. Y ese deber lo encuentra Levi condensado en la "escritura". Si Benjamin lo encontró en la memoria viva de los vencidos, Levi lo recupera en la narrativa de los salvados. Contar la experiencia, además de un acto liberador, es también un "acto político", un imperativo con un pasado que debe ser recuperado, para aleccionar a la sociedad, bajo la forma: "sucedió una vez y podría volver a suceder" (Levi, 2002; Sánchez, 2008). El famoso slogan de colectivos y activistas que reza, Nunca Más, debe mucho a este acto emancipador. De todas formas, es preciso aclarar aquí que no es la experiencia de todos los sobrevivientes de los campos. Para otros, como Jorge Semprún, "escribir sería morir", "en esa medida solo el olvido podía salvarlo". De hecho su silencio sobre lo que sucedió en los campos de

que no se le olvide, pero también es un llamado a la sociedad para que libere y reconstruya lo realmente ocurrido, es decir, para recordar de manera razonada, no para sufrir. En tal sentido, se tiene institucionalizada una verdad denominada extra-judicial:

“...” De otra parte está la verdad extrajudicial institucionalizada, que es aquella verdad reconstruida en espacios especialmente creados y reconocidos institucionalmente para la reconstrucción histórica de la verdad, que carecen, no obstante, del carácter judicial y de las funciones que de este pueden derivarse. El prototipo de este tipo de mecanismo de verdad son las Comisiones de Verdad. Finalmente está la verdad social no institucionalizada, que es la verdad alcanzada a través de todas aquellas estrategias de reconstrucción de la verdad y de preservación de la memoria colectiva llevadas a cabo por instancias no institucionales, tales como historiadores, periodistas, literatos y científicos sociales, entre otros⁸⁰.

Dicha verdad extra-judicial, debe ser abanderada por las víctimas y las autoridades judiciales, deben realizar labores investigativas que permitan que este tipo de verdad se incluya eficazmente en los procesos y quede plasmada en la legalización de cargos y no solo en la memoria de las víctimas.

En cuanto al principio cuatro, se tiene, el derecho de las víctimas a saber, el cual comprende de manera individual el derecho de las víctimas a conocer las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que acaecieron los crímenes atroces, así como en un derecho colectivo de la sociedad a acceder a un relato histórico sobre las razones por las

concentración fue parte de una "memoria postergada" muchos años. Al respecto, JARAMILLO, Jefferson & DELGADO, Mariana. "Deber de memoria y razones de olvido en la justicia transicional colombiana". En: Revista Análisis Político, Vol. 24, No. 71: 2011. P. 129.

80 UPRIMNY Rodrigo & SAFFON, María Paula. "Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial", en Justicia transicional: teoría y praxis, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006. p. 2

cuales sucedieron tales crímenes atroces⁸¹, con ocasión del conflicto interno armado. Además indica Uprimny y Saffon, que el derecho de las víctimas a saber influye directamente en otros derechos:

La verdad aparece como la condición básica para que los demás derechos de las víctimas sean garantizados. Así, solo si se conoce la verdad de tales crímenes podrán garantizarse los derechos a la justicia y a la reparación, en la medida en que se sabrá quiénes fueron los responsables de las atrocidades y a quiénes deben éstos reparar por concepto de ello⁸².

Finalmente, el principio quinto, contempla las *garantías para hacer efectivo el derecho a saber*, el cual será posible si se garantizan mecanismos que exalten lo que se denomina verdad extrajudicial y se deje de enaltecer la verdad judicial, lo que puede lograrse con el eficaz funcionamiento de comisiones de la verdad, con grupos de memorias históricas, que sean vinculados judicialmente para rendir un informe de la verdad extra-judicial recolectada, a manera de peritazgo si son terceras personas expertas en justicia transicional dedicadas a la investigación científica, como se realizó en la audiencia de incidente de reparación integral contra Fredy Rendón, alias el alemán⁸³, para efectos de conocer ampliamente la problemática del reclutamiento ilícito en el Urabá antioqueño.

Por otro lado, se afirma que el rol de la víctima en la justicia transicional, se complementa esencialmente con otro principio, que no es otro distinto que el de la reparación integral, consagrado de manera

81 *Ibíd.* p.1

82 *Ibíd.* p. 1

83 Fue escuchado el Dr. Mario Hernán Suescún Chaparro, abogado y especialista en derecho constitucional de la Universidad Nacional de Colombia quien relató la investigación que realizó la Defensoría del Pueblo en 2005 sobre reclutamiento ilícito de menores en el que entrevistaron a 329 niños que estaban en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Ver: Tribunal Superior de distrito Judicial de Bogotá sala de Justicia y Paz, Diciembre 16 de 2011. p. 85.

amplia en Colombia en la Ley 1448/2011⁸⁴, denominada ley de víctimas y restitución de tierras. Frente a este derecho de reparación el Acto Legislativo 03 de 2002, dentro de las funciones consagradas o estipuladas a la Fiscalía General de la Nación con relación a las víctimas, a nivel constitucional, en el numeral 6 del artículo 250, se indica: "Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados por el delito"⁸⁵, lo que no debe, ni puede entenderse únicamente en términos económicos, sino exaltando ante todo la dignidad de las víctimas, tal como lo indica Newman-Pont:

"..." la Corte Constitucional profirió la Sentencia C-228 de 2002, a través de la cual cambió su jurisprudencia en materia de los derechos de la parte civil en el proceso penal, señalando que a las víctimas y a los perjudicados no les asiste únicamente un interés patrimonial sino que gozan de una concepción más amplia, fundada en los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral, todo ello sobre la base de un tratamiento en condiciones de dignidad⁸⁶.

Es dignidad, se verá garantizada si se desarrollan efectivamente las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, tanto en sus dimensiones individuales, como colectiva, material, moral y simbólica, que le permitan a la víctima encontrar su rol judicial y extra-judicialmente, es decir, que le permita frenar la impunidad, hacer justicia, saber la verdad y ser reparada integralmente, para lo cual se considera imprescindible su

84 Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata el artículo 3° de la presente Ley. Ver: Artículo 25 de la Ley 1448/2011, sobre el Derecho a la Reparación integral.

85 COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 250.

86 NEWMAN-PONT, Vivian, "Falso o verdadero (¿el derecho a la verdad es norma imperativa internacional?), *International Law*, En: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Vol. 7 No. 14 (Ene.-Jun. 2009). p. 46.

testimonio y los informes que puedan rendir los investigadores en el tema.

CONCLUSIÓN

La víctima en Colombia vive su momento histórico, pero aún no son quienes orientan la verdad y la memoria en los procesos adelantados en la justicia transicional por los delitos acaecidos con ocasión del conflicto interno armado, haciéndose pertinente que la victimología científica oriente la verdad en los procesos adelantados en la justicia transicional por los delitos ocurridos con ocasión del conflicto interno armado en Colombia, con la finalidad de no continuar exaltando el mal de los victimarios, quienes acuden a las audiencias a explicar y justificar los delitos cometidos, sin tenerse la efectiva oportunidad procesal de controvertir y desmentir la revictimización generada con sus testimonios.

El protagonismo de las víctimas en los primeros juicios penales, debe ser el rol a asumirse al interior de los procesos, sin que ello implique el silencio de los victimarios, ni el abandono del activismo extrajudicial de las víctimas, pues lo sugerido es replantear su rol judicial, un rol independiente de las autoridades que administran justicia en la justicia transicional.

La víctima, debe ser equiparada procesalmente para la garantía de sus derechos y principios, esencialmente el derecho a saber la verdad, el derecho de memoria, el cual no puede seguir a cargo del victimario judicialmente por la insensibilidad con la que señala a la víctima, sin desconocerse que efectivamente hay víctimas que no son las ideales, pues algunas son más victimarias que víctimas, pero víctimas al fin y requieren de las medidas de asistencia y reparación consagradas en la Ley de 1448/2011.

Finalmente, resulta pertinente como lo plantea Correa y Fernández⁸⁷, que la Victimología, reconozca y profundice en qué elementos puede llegar a estigmatizar y problematizar. Sin que, adopte una comprensión “paternalista de la categoría víctima” y sin ser conflictiva adoptando “criterios culpabilísticos de la víctima” en el hecho victimizante. Concluyéndose, que el rol a adoptarse debe buscar la intervención en el proceso judicial para la garantía efectiva de sus derechos, resultando la victimología científica un aliado a la hora de construir la verdad extra-judicial y la victimología humanista una aliada para el activismo de testimonios extrajudiciales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABUCHAIBE, Heidi. La justicia transicional del pos-acuerdo con las FARC-EP. En: Revista OPERA, No. 20: (Ene.-Jul. 2017). p. 129-153.

ARENDT, Hannah. Eichmann en Jerusalén. Un estudio acerca de la banalidad del mal. Barcelona: Lumen, S. A. Cuarta edición. 2003. 182p.

BECERRA, Andrea. “Las versiones libres de los paramilitares y los derechos de las víctimas en la Ley 975 de 2005”. 2007. Disponible en: <https://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/pvoz4-04.pdf>. [Fecha de consulta: Abril 7 de 2018].

BEN-DAVID, Sarah. “Needed: Victim’s Victimology”, enXth International Symposium on Victimology - Victimology at the Transition From the 20th to the 21st Century. Montreal: World Society of Victimology Publishing, 2000. Disponible en: https://www.ariel.ac.il/images/stories/site/personalSites/SarahBenDavid/mamrim/mamrim2/victimology_at_the_transition.pdf [Fecha de consulta: Mayo 3 de 2018].

87 CORREA & FERNÁNDEZ. Op. cit. p. 48.

BODERO, René Edmundo. "Orígenes y Fundamentos principales de la victimología". En: Revista Iuris Dicto, (Ene.-Mar.2001.) p. 72-80.

BOTERO, Adolfo Jerónimo & LEAL, Yuliana. "El mal radical y la banalidad del mal: las dos caras del horror de los regímenes totalitarios desde la perspectiva de Hannah Arendt". En: Revista Universitas Philosophica, Vol. 30 No. 60: (Ene.-Jun. 2013). p.99-126.

BUSTOS, Juan; BERGALLI, Roberto & MIRALLES, Teresa. "El pensamiento criminológico". Vol I. Bogotá, Editorial Temis, 1983. 257p.

CORREA, Magdalena & FERNÁNDEZ, Baltazar. El mito de la víctima aceptable. En: Revista de Victimología, No. 4: (Ene.-Jun.2016). p.31-62.

CUAREZMA, Sergio. La Victimología. En estudios básicos de Derechos Humanos, Tomo V. San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos humanos, 1996.

CHAMPO SÁNCHEZ, Nimrod. "La víctima en el Derecho Penal". En: Revista entre libertad y castigo: Dilemas del Estado contemporáneo. Año: 2013. p. 237-246.

DIARIO AMBITO.COM. "Murió el jerarca nazi Oskar Groning, conocido como el contador de Auschwitz". Disponible en: <http://www.ambito.com/914976-murio-el-jerarca-nazi-oskar-groning-conocido-como-el-contador-de-auschwitz>. Fecha de Publicación: Marzo 12 de 2018.[Fecha de consulta: Abril 12 de 2018].

DÍAZ, Fernando. "Una mirada desde las víctimas: el surgimiento de la victimología". En: Revista Umbral científico, No. 9. (Sin mes) 2006. p. 141-159.

- FATTAH, Ezzat (2014): "Victimología: pasado, presente y futuro". Traducción y notas de María del Mar Daza Bonachela. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), Núm.16-r2, p. r2:1r2:33. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-r2.pdf> ISSN 1695-0194. [Fecha de consulta: 9 de Noviembre de 2017].
- JARAMILLO, Jefferson & DELGADO, Mariana. "Deber de memoria y razones de olvido en la justicia transicional colombiana". En: Revista Análisis Político, Vol. 24, No. 71: 2011. P. 129-147.
- MÁRQUEZ, Álvaro. "La Victimología como estudio. Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal". En: Revista Prolegómenos - Derechos y Valores, Vol. 14, Núm. 27: (Ene.-Jun. 2011). p.27-42
- MENDELSON, Benjamin. "Une nouvelle branch de la science biopsychosocial: La victimology". En: Review international de criminologie et de police technique, 1956. p. 10-31.
- MENDELSON, Benjamín. "La victimología y las tendencias de la sociedad Contemporánea". En: Revista Llanud, al día. Vol. 4 No. 10: 1981. p. 55-67
- NEUMAN, Elías, "Benjamin Mendelsohn: Precursor de la Autonomía científica de la Victimología". En: Revista Iter Crimini revista en Ciencias Penales, Vol. 4. No. 7: (Ene.-Feb. 2006). p.131-143.
- NEWMAN-PONT, Vivian, "Falso o verdadero (¿el derecho a la verdad es norma imperativa internacional?), International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, Vol. 7 No. 14 (Ene.-Jun. 2009). p. 43-69.
- PAZ, Feliu. En el corazón de la zona gris, una lectura etnográfica de los campos de Auschwitz. Madrid: Trotta, 2010. 256p.

RESOLUCIÓN 40/34 DE LA ASAMBLEA GENERAL: "Declaración de la ONU sobre Principios Básicos de Justicia para las víctimas de Delitos y abusos de poder" A/RES/40/34 (9 de Noviembre de 1985).

RESOLUCIÓN 1998/21 DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS: "Plan de acción para la aplicación de la Declaración de los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder" RES/1998/21 (28 de julio de 1998).

RODRIGUEZ, Luis. "Derecho victimal y victimodogmática". En: Revista Eguzkilore, No. 26: 2012. P. 131-141.

ROJAS, Carlos. "Las víctimas del conflicto, o el nuevo protagonista de la historia colombiana". Disponible en: <https://razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/7033-las-victimas-del-conflicto-o-el-nuevo-protagonista-de-la-historia-colombiana.html>. Fecha de Publicación: Agosto 23 de 2013. [Fecha de consulta: Mayo 1 de 2018].

TAMARIT, Josep. "Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad". En: Revista para el análisis del Derecho InDret. P. 2-31.

UPRIMNY, Rodrigo. "La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos". En: Revista Internacional de Derechos Humanos, Vol. 4. No. 6 (2007). p. 52-69.

UPRIMNY Rodrigo & SAFFON, María Paula. "Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial", en Justicia transicional: teoría y praxis, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006. p. 1-27.

URIBE, María Victoria. "Para saber en serio lo que pasa en Colombia". Obtenido de Razón Pública Web site: <https://razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/7033-las-victi->

mas-del-conflicto-o-el-nuevo-protagonista-de-la-historia-colombiana.html. Fecha de publicación: Agosto 26 de 2013. [consultado: Diciembre 1 de 2017]

VAN DIJK, Jam. "Introducing Victimology". *Victimology*, fifty years on, Amsterdam, August 25 to 29/1997.

VON HENTIG, Hans. *The Criminal and His Victim*. New Haven: Yale University, 1948.

VON HENTIG, Hans. *Das Verbrechen II*. Berlín: Editorial Springer, 1961.

VON HENTIG, Hans. *La estafa*. Vol. III. Madrid: Espasa-Calpe, cuarta edición, 1964. 240 p.

NORMAS CITADAS

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley No. 975 de 2005. "Ley de Justicia y Paz". Bogotá, julio 25 de 2005.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley No.1448 de 2011. "Ley de Víctimas y Restitución de Tierras". Bogotá, junio 10 de 2011.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley No. 1592 de 2012. "Ley por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios", Bogotá, diciembre 3 de 2012.

JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA DE JUSTICIA Y PAZ. Sentencia del 31 de julio de 2015. Magistrado Ponente: Eduardo Castellano Rosso. Radicado interno No. 1215.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE JUSTICIA Y PAZ. Radicado: No. 46.140. AP5916-2015. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero. Octubre 7 de 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-180/2014. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Marzo 27 de 2014

EL MENOR VÍCTIMA: PROTECCIÓN INTEGRAL Y PROCEDIMIENTO ESPECIAL

THE LESSER VICTIM: INTEGRAL PROTECTION AND SPECIAL PROCEDURE

LORENA CABRERA IZQUIERDO¹

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo principal, analizar las disposiciones generales, principios orientadores y procedimiento especial del menor víctima, a la luz del Código de Infancia y Adolescencia en Colombia, expedido mediante Ley 1098/2006. Por ello, este capítulo aborda las aproximaciones teóricas del concepto de víctima, el desarrollo del fundamental principio de la protección integral y el procedimiento judicial de los menores víctimas en Colombia. Un análisis de la política pública del Estado frente al menor víctima en la compleja realidad colombiana, exige por su entidad un riguroso análisis de la política criminal del Estado de cara a la implementación de acciones estratégicas para la protección del menor.

Palaras clave: menor víctima, infancia y adolescencia, procedimiento judicial.

¹ Abogada. Doctora en Derecho Penal y Procesal de la Universidad de Sevilla - España. Docente Investigador del grupo de Investigación INVIUS, categoría "A" de COLCIENCIAS de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico. lorenacabrera@mail.uniatlantico.edu.co

Abstract

The main objective of this work is to analyze the general provisions, guiding principles and special procedure of the minor victim, in light of the Code of Childhood and Adolescence in Colombia, issued by Law 1098/2006. For this reason, this chapter deals with the theoretical approaches of the concept of victim, the development of the fundamental principle of integral protection and the judicial procedure of the minors victims in Colombia. An analysis of the public policy of the state against the smallest victim in the complex Colombian reality, requires for its entity a rigorous analysis of the criminal policy of the State with a view to the implementation of strategic actions for the protection of minors.

Keywords: minor victim, childhood and adolescence, judicial procedure.

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo detalla las particularidades del proceso judicial cuando la víctima es menor de edad bajo la óptica de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia. En primer término se hacen unas consideraciones previas, situando dogmáticamente el concepto de víctima y describiendo de forma breve la estructura de la precitada norma.

Posteriormente, se abordará el tema referente a la protección integral, que junto a los principios de interés superior del menor, la especialización de la jurisdicción y el debido proceso constituyen los principios informadores de la jurisdicción penal en el caso de niños, niñas y adolescentes infractores. Estos conforman el marco referencial que orienta el accionar de las instituciones y el funcionamiento de las estructuras que constituyen todo el andamiaje normativo y judicial sobre el que se ha construido el sistema de sanciones y procedimientos para judicializar a los menores cuya conducta transgrede lo estatuido por las leyes penales.

Finalmente, se puntualizará el procedimiento especial para los menores víctimas, señalando los criterios para el desarrollo del proceso judicial y las prohibiciones de beneficios y mecanismos sustitutivos.

CONSIDERACIONES PREVIAS

Coincidimos con la profesora Martín Ríos cuando manifiesta que cualquier estudio sobre la figura del menor en relación con la Administración de Justicia resultaría incompleto, si no se añadiera la perspectiva del menor víctima².

En el momento de definir a un menor víctima, dado el amplio espectro de edad que cubre la definición de minoría legal, pueden presentarse diferentes formas en que el menor puede convertirse en víctima, la primera, por su propia condición de inmadurez y de vulnerabilidad³; la segunda, por una protección dada desde la configuración del tipo penal, como es el caso del delito de abandono de menores; la tercera, lo puede ser también por una vulnerabilidad situacional, como es el caso de aquellos menores que por sus condiciones de pobreza, marginalidad, desestructuración familiar o abandono aseguran sus condiciones de existencia en instituciones de protección, porque carecen de un medio familiar con las suficientes garantías de estabilidad⁴.

Finalmente, en la cuarta forma de la conversión del menor en víctima, particularmente en Colombia el caso de los menores de edad víctima del conflicto armado, tanto como víctimas del delito propiamente dicho, como también por ser sujetos activos de los mismos, que ha llevado a que la política penal del Estado, sea aplicar el principio de oportunidad en los casos de los menores infractores vinculados a grupos armados al margen de la ley⁵, pues son considerados víctimas

2 MARTÍN RÍOS, María del Pilar. La victimización secundaria del menor. En: OSTOS J.M. El experto universitario en justicia de menores. Sevilla: Astigi, 2008. p. 320-324.

3 HERRERA MORENO, Myriam, resalta cómo las condiciones de inferioridad o vulnerabilidad pueden presentar distintas formas, sin ser excluyentes entre sí, define la vulnerabilidad subjetiva cuando la víctima posee determinadas circunstancias personales que le hacen incrementar su riesgo de victimización, como es el caso de los menores o incapaces; la vulnerabilidad relacional que hace referencia a las interacciones con su victimario y la vulnerabilidad situacional, determinada por las interacciones con su entorno. La hora de la víctima. Madrid: Edersa. 1996 p. 337.

4 GONZÁLEZ, Gloria. El menor como víctima del delito. En: Menores: responsabilidad penal y atención psicosocial. Sevilla: Tirant lo Blanch, 2004. p. 321.

5 Cristina Montalvo Velásquez, destaca que la aplicación del principio de oportunidad en los procesos seguidos a los adolescentes partícipes de los delitos cometidos por grupos al margen de la ley, transparenta una decisión según la cual los niños, niñas y adolescentes

porque el reclutamiento de menores de edad es un crimen de guerra de acuerdo al Estatuto de Roma; entre otros tratados internacionales ratificados por Colombia. Esto llevó al Estado colombiano a crear el delito de reclutamiento ilícito de menores de edad y a crear políticas públicas para su tratamiento como víctima.

En el presente capítulo nos referiremos al menor víctima dentro de un proceso penal, tanto de un victimario menor o adulto, atendiendo a la definición establecida por instrumentos internacionales:

Por niños víctimas y testigos se entenderán los niños y adolescentes menores de 18 años que sean víctimas o testigos de delitos, independientemente de su papel en el delito o en el enjuiciamiento del presunto delincuente o grupo de delincuentes⁶.

Los menores, en su condición de víctimas, lo pueden ser de forma *directa* e *indirecta*⁷. Directa cuando la ley penal expresamente prevé la minoría de edad como elemento constitutivo del delito, lo que significa que se requiere que la víctima sea menor de edad para que el delito se configure –tal es el caso de los delitos de Acceso Carnal abusivo con menor de catorce años o los Actos sexuales con menor de catorce años⁸, tipificados en el Código Penal colombiano⁹, o cuando

incurros en delitos, son víctimas, antes que victimarios. Que no es más que una política penal del Estado diseñada para evadir su responsabilidad con los adolescentes y la sociedad en general. El niño, la niña y el adolescente desmovilizado del conflicto armado: víctima o victimario. MONTALVO VELÁSQUEZ, Cristina. Revista *Advocatus*. N. 15. Edición especial. Universidad Libre. p.16.

6 CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos. Nueva York: ONU. 2005. 12p. Suplemento No. 5 (E/2005/99)

7 GONZÁLEZ. Op. cit. p. 273-275.

8 Respecto de los delitos sexuales con menores víctimas, RODRÍGUEZ CENTENO, considera que la víctima menor de edad debe revestirse de una protección especial, de tal forma que supuestos de consentimiento expreso de la misma, como elementos excluyentes de la protección penal, no serán aplicables a los menores de edad y considera no pueden ser aplicables teorías victimodogmáticas sobre la valoración jurídico penal de la contribución de la víctima a la realización del hecho delictivo. RODRÍGUEZ CENTENO, Rocio. *Menores Víctimas de Abusos Sexuales: Tratamiento psicológico y jurídico*. Sevilla: Anuario de Justicia de Menores. 2008. p 104.

9 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO PENAL. Ley 599 (Julio 24 del 2000) Por la cual se expide el Código Penal. Bogotá D.C., 2000. Artículo 208: “El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años”; artículo 209: “El que realizare actos sexuales diversos al acceso carnal con persona

se prevé la minoría de edad como elemento que es determinante en la agravación del delito, como por ejemplo en el delito de trata de personas¹⁰.

También lo pueden ser de forma *indirecta*, cuando los menores, ya sea como meros testigos del delito o como sujetos con una relación de sujeción y dependencia respecto de autores o víctimas de delitos¹¹, pueden ser considerados como víctimas indirectas del mismo, pues las consecuencias negativas generadas para su desarrollo personal y emocional, pueden ser el inicio de un proceso de victimización¹².

Es indudable que cuando el menor se convierte en víctima sea por vía directa o indirecta, el impacto del delito genera un proceso de victimización primaria¹³ o secundaria¹⁴, que necesitan de la intervención

menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años”.

10 *Ibid.*, artículo 188A: “El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa (...) artículo 188 b. Circunstancias de agravación punitiva. 1. Cuando se realice en persona que padezca inmadurez psicológica, trastorno mental, enajenación mental y trastorno psíquico, temporal o permanente o sea menor de 18 años”.

11 MAPELLI, y TERRADILLOS, afirman que, por ejemplo, el caso de los menores que quedan en situación de desamparo por el ingreso de sus padres o representantes legales en prisión da lugar a una acogida temporal o definitiva por parte de los servicios de protección, y, en muchos casos la desvinculación con la familia de origen. MAPELLI CAFFARENA, Borja, y TERRADILLOS BASOCO, Juan. Las consecuencias jurídicas del delito. Madrid: Civitas, 1996. p. 47.

12 GONZÁLEZ. Op. cit. p. 275 y 276.

13 En palabras de SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, Pilar. victimización primaria es aquella que se deriva directamente del crimen, y supone no solo un ataque o menoscabo del bien jurídico lesionado, sino que además conlleva una situación de impotencia, ansiedad abatimiento, estrés postraumático, inseguridad e incluso complejos de culpabilidad por lo sucedido, que en suma constituyen las consecuencias psicológicas del delito. Ver en: SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, Pilar. Victimología y Menores. Examen especial de la violencia sexual sobre víctimas menores de edad. Sevilla: Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, 2011. p. 220.

14 La victimización secundaria, se refiere a todos los padecimientos añadidos a los de su victimización primaria en el desarrollo del proceso penal por las instituciones encargadas de impartir justicia (policías, jueces, peritos, etc.). Miguel Ángel Gimeno Jubero, afirma que cuando la victimización secundaria es sobre delitos de malos tratos o contra la libertad sexual, las consecuencias negativas se intensifican y puede hablarse de maltrato institucional. Menores maltratados: Derechos de la víctima y garantías del proceso. Ver en: GIMENO JUBERO, Miguel Ángel. Protección de menores en el código penal. Madrid: Tirant lo Blanch, 1999. p. 186. Véase también GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, Carolina; CORONEL, Elisa; y PÉREZ, Carlos Andrés. Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. En: Revista Liberabit Vol. 15, No. 1. (Ene.-Jun. 2009). p. 49.

del estado¹⁵ a través de las diferentes instituciones con profesionales especializados para atender, coadyuvar y minimizar en lo posible ese difícil proceso¹⁶.

En Colombia se expidió mediante Ley número 1098/2006 el Código de la Infancia y la Adolescencia, el que se divide en tres grandes libros:

El LIBRO I que se refiere a la protección integral, en el que se consagraron las disposiciones generales y principios orientadores, desarrollándose en esta parte todos los temas atinentes a la política protectora del Estado frente al menor.

El LIBRO II que crea el Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes y también los procedimientos especiales para cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos.

El LIBRO III, se refiere al Sistema Nacional de Bienestar Familiar, Políticas Públicas e Inspección y Vigilancia y Control.

La Naturaleza de las normas contenidas en el código son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicaran de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes¹⁷.

15 La tutela penal del menor víctima por parte del Estado, debe entenderse como el conjunto de las instituciones de derecho penal (sustancial o procesal), y de las actividades a ellas conectadas, dirigidas a garantizar la protección de la persona menor de edad por las ofensas, efectivas o potenciales, que vienen causadas a sus derechos. Ver en: SILVANI, Simona. La tutela del menor víctima de delito en el derecho penal italiano sustancial y procesal: En: Anuario de Justicia de Menores. No. 04 (Ene.-Jun. 2004). p. 171.

16 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Nueva York: ONU. 2005. Informe sobre el 14° período de sesiones. Documentos Oficiales, Suplemento N° 10. Directriz No. 40: "Se deberá impartir a los profesionales que trabajen con niños víctimas y testigos de delitos capacitación, educación e información adecuadas a fin de mejorar y mantener métodos, actitudes y enfoques especializados con objeto de proteger a los niños víctimas y testigos de delitos y de tratarlos con efectividad y sensibilidad".

17 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. Ley 1098 (noviembre 08 del 2006). Bogotá. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, artículo 5.

El Código de la Infancia y Adolescencia se dirige a todos los niños, niñas y adolescentes, sin excepción, a quienes reconoce todos los derechos consagrados en la Carta Política de 1991, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, a diferencia del Código del Menor que se orientaba solo a la protección de los menores en situación irregular.

Esta nueva percepción del niño recoge una serie de principios valorativos que son el resultado del consenso internacional que aboga por el estatus de sujeto de derechos para el menor de edad y que se erigen como preceptos orientadores de la doctrina de la protección integral. Esto con el claro y determinante fin de garantizar el reconocimiento, respeto, ejercicio y restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes, con miras a lograr su desarrollo armónico e integral.

Consciente el legislador de la necesidad de ajustar la legislación interna a los nuevos postulados de la esfera internacional sobre Derechos Humanos y de la Constitución Política, y en mora de cumplir el compromiso adquirido por Colombia desde 1991 con la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, promulga la Ley 1098 de 2006, en la cual incorpora plenamente los nuevos principios de la protección especial de la niñez¹⁸, a partir de la denominación jurídica del Libro I, titulado “La protección integral”.

PROTECCIÓN INTEGRAL

El Código de la Infancia y la Adolescencia, consagra un principio de protección integral, entendido como el reconocimiento de los menores

¹⁸ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. La Convención Internacional de los Derechos de la Infancia: del menor como objeto de compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de los derechos. En: *Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*. Santa Fe de Bogotá, D.C.: UNICEF, 1994. p. 73.

de edad como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración, y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos¹⁹.

Esta realidad plasma un criterio de corresponsabilidad, entendida como la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables y concurrentes en su atención, cuidado y protección, y por tanto, aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado.

En consecuencia, el artículo 6° del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que las normas de la Constitución Política y del Derecho Internacional relativo a las personas menores de edad forman parte integral del mismo y deben servir de guía para su interpretación y aplicación. Además, el artículo 93 de la Constitución Política²⁰, incorpora los principios de Derecho Internacional, ya que debe entenderse que el interés superior del niño es un principio

19 CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. Op. cit., artículo 7.

20 COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Bogotá: Editorial Cupido, artículo 93: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él".

jurídico garantista, ya que toda decisión que concierna al niño debe considerar primordialmente sus derechos.

Presenta la Carta Magna colombiana una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia y adolescencia, que permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones bajo la concepción de integralidad de los derechos, para asegurar la debida protección a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño.

En el ordenamiento jurídico colombiano, se asume el principio de la protección integral del menor, a partir de los postulados de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Implica este principio que es una obligación del Estado proteger al niño. No puede haber una simple graduación en la protección, sino que debe ser una protección real, de carácter vinculante absoluto. Por tanto, los programas de protección que el propio Estado ha señalado son de ineludible cumplimiento²¹, es más, son finalidad del Estado por mandato del artículo 2º de la Constitución²².

Los instrumentos Internacionales consagran la protección del menor y a partir de allí los fines esenciales del Estado se fijan, en aras de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados tanto en la Constitución, como en dicha norma internacional.

21 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-753/1999 del 11 de octubre de 1999. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

22 CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Op. cit. artículo 2: "Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

En consecuencia, el Constituyente en el artículo 44, enumera como 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, la protección contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, además de los derechos consagrados en la Constitución Política de Colombia, en las leyes y tratados internacionales ratificados por Colombia²³.

Los menores son considerados como grupo destinatario de una atención especial estatal que se traduce en un tratamiento jurídico proteccionista²⁴, respecto de sus derechos y de las garantías previstas para alcanzar su efectividad.

Las normas internacionales consagran la protección del menor, en los siguientes términos. La Convención de las Naciones Unidas de 1989, sobre los derechos del niño, señala en su artículo 19 que:

Los estados partes deben adoptar toda clase de *medidas para proteger* a los menores de toda forma de violencia física o mental, lesión corporal o abuso, trato negligente, maltrato o explotación, incluyendo abuso sexual, mientras permanezca bajo el cuidado de

²³ *Ibíd.*, artículo 44.

²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-283/1994 del 16 de junio de 1994. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. "La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (C.P., art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (C.P. art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (C.P. art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla pro infans (C.P., art. 44)".

los padres, guardianes legales u otra persona que tenga a cargo su cuidado.

La Convención Americana sobre derechos humanos, en su artículo 19 establece: “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”.

En igual sentido, la Convención Internacional sobre los derechos del niño de 1989, en el artículo 3 señala su filosofía así:

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 la que se atenderá será el interés superior del niño, ya 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 que sean responsables de él ante la ley y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Implica lo anterior, que en el ordenamiento constitucional nacional y la legislación colombiana del menor también se someten a la vigencia del principio protector del menor, por medio de un tratamiento especial que los beneficia.

En líneas generales, la protección de los menores es uno de los deberes fundamentales del Estado y después de la entrada en vigencia la Constitución de 1991, que adopta lo contenido en las normas internacionales²⁵, ha tenido mayor importancia, al establecer

²⁵ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales

que: *“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”*²⁶.

PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LOS MENORES VÍCTIMAS

En los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o adolescentes sean víctimas, el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia²⁷, en la Constitución Política y en la Ley de Infancia y Adolescencia²⁸.

CRITERIOS PARA EL DESARROLLO DEL PROCESO JUDICIAL

La realización de dichos principios está medido por criterios específicos definidos por ley²⁹. La autoridad judicial tiene la especial obligación de:

"Protocolo de San Salvador", adoptado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos: OEA. Décimo octavo período ordinario de sesiones. en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, artículo 16: Derechos de la Niñez.

Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo". Artículo 1º: "Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo". Además, en la Convención de los derechos del niño se establece que los Estados Parte deben garantizar la creación de instituciones y servicios destinados al cuidado de los niños (artículo 18) y en el tercer Informe de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos se recomienda para Colombia consolidar el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, y además pide "Que se tomen las medidas apropiadas, hasta donde los recursos lo permitan, para que se asignen suficientes créditos presupuestarios a los servicios destinados a los niños, particularmente en el área de la educación y salud". Se reafirman, entonces, las obligaciones de protección y prevención estatales.

26 CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Op. cit., artículo 44.

27 CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Op. cit., esta norma directriz menciona los derechos del menor víctima, indicando como tales los siguientes: el trato digno y comprensivo, la protección contra la discriminación, derecho a ser informado, a ser oído y a expresar opiniones y preocupaciones, a una asistencia eficaz, a la intimidad, a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia, a la seguridad, a la reparación y a las medidas preventivas especiales.

28 CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA. Op. cit. artículo 192.

29 *Ibid.*, artículo 193.

1. Dar prioridad a las diligencias, pruebas, actuaciones y decisiones que se han de tomar.
2. Citar a los padres, representantes legales o a las personas con quienes convivan, cuando no sean estos los agresores, para que lo asistan en la reclamación de sus derechos. Igualmente, informará de inmediato a la Defensoría de Familia, a fin de que se tomen las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes en los casos en que el niño, niña o adolescente víctima carezca definitiva o temporalmente de padres, representante legal, o estos sean vinculados como autores o partícipes del delito.
3. Deberá prestar así mismo especial atención para la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados del menor³⁰.
4. Tendrá la obligación de decretar de oficio o a petición de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, de sus padres, representantes legales, del Defensor de Familia o del Ministerio Público, la práctica de las medidas cautelares autorizadas por la ley para garantizar el pago de perjuicios y las indemnizaciones a que haya lugar. En estos casos no es necesario prestar caución.

³⁰ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Op. cit., directriz 35: "Siempre que sea posible, los niños víctimas y testigos de delitos deberán recibir reparación, a fin de conseguir su plena indemnización, reinserción y recuperación. Los procedimientos para obtener y hacer ejecutoria una reparación deberán ser fácilmente accesibles y adaptados a los menores"; directriz 36: "Siempre y cuando los procedimientos estén adaptados a los niños y se respeten las presentes Directrices, se deberán fomentar procedimientos penales y de reparación combinados, junto con mecanismos extrajudiciales y comunitarios como los de justicia restaurativa"; directriz 37: "La reparación puede incluir el resarcimiento por parte del delincuente por orden judicial, ayuda proveniente de los programas de indemnización de las víctimas administrados por el Estado y el pago de daños y perjuicios ordenado en procedimientos civiles. Siempre que sea posible, se deberá considerar el costo de la reinserción social y educacional, el tratamiento médico, la atención de salud mental y los servicios jurídicos. Deberán establecerse procedimientos que garanticen que la ejecución de las órdenes de reparación y el pago en concepto de reparación se anteponga a la de las multas".

5. Sin importar la etapa procesal en la que se encuentre la autoridad judicial tendrá especial cuidado, para que en los procesos que terminan por conciliación³¹, desistimiento o indemnización integral, no se vulneren los derechos de los niños, las niñas o adolescentes víctimas del delito.
6. Se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, salvo que aparezca demostrado que fueron indemnizados.
7. Las autoridades sean judiciales o administrativas tiene el deber jurídico de prestar especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta ley. Igualmente velará porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo del proceso judicial de los responsables.
8. Las autoridades tendrán en cuenta la opinión de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos en los reconocimientos médicos que deban practicárseles.
9. Cuando no la puedan expresar, el consentimiento lo darán sus padres, representantes legales o en su defecto el defensor de familia o la Comisaría de Familia y a falta de estos, el personero o inspector de familia³².

31 Respecto de la conciliación, Carlos Ferreirós, señala que a través de la conciliación la víctima recibe una satisfacción de tipo psicológico, lo que supone que el menor se arrepienta verdaderamente y se disculpe y la víctima lo acepte y otorgue su perdón. FERREIROS MARCOS, Carlos Eloy. La mediación en el derecho penal de menores. Madrid: Dykinson, S.L, 2011, p. 188.

32 Si por alguna razón no la prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías quien decidirá si la medida debe o no practicarse. Las medidas se practicarán siempre que sean estrictamente necesarias y cuando no representen peligro de menoscabo para la salud del adolescente.

10. En todo proceso se prestarán las garantías necesarias favoreciendo los intereses prevalentes del menor³³, por lo tanto se dará aviso a las autoridades competentes a fin de desarrollar la toma de medidas especiales para garantizar la seguridad de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas y/o testigos de delitos y de su familia, cuando a causa de la investigación del delito se hagan necesarias.
11. Durante todas las etapas del procedimiento se informará y orientará a los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, a sus padres, representantes legales o personas con quienes convivan sobre la finalidad de las diligencias del proceso, el resultado de las investigaciones y la forma como pueden hacer valer sus derechos.
12. La autoridad se abstendrá de decretar la detención domiciliaria, en los casos en que el imputado es miembro del grupo familiar del niño, niña o adolescente víctima del delito.
13. En los casos en que un niño, niña o adolescente deba rendir testimonio es un requerimiento que se encuentre acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la ley³⁴.

33 Ágata Sanz Hermida, apunta que debe tenerse en cuenta que las medidas de protección para menores víctima no son ilimitadas, puesto que también existen otros intereses dentro del proceso penal que deben atenderse, como el derecho a la defensa y a un proceso justo. Así las cosas, cuando se presente colisión entre los derechos fundamentales del menor víctima y los del inculpado, debe acudirse a la ponderación de los intereses en juego. SANZ H.A. La declaración de menores víctimas y/o testigos de delitos: Derecho de defensa, protección del interés del menor y eficacia de la justicia penal. En: ARMENTA D. T, Y OROMÍ VALL-LLOVERA. S.: La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa – América. Madrid: Colex, 2010. p. 316. En el mismo sentido, José Martín Ostos, afirma que cuando se presenta colisión entre el derecho del menor infractor y del menor víctima, porque si bien el menor infractor requiere un tratamiento específico, también los intereses de la víctima y sobre todo si es menor deben ser tenidos en cuenta. MARTÍN OSTOS, José. En torno al interés superior del menor En: Anuario de Justicia de Menores, (2012) No. 12. p. 56.

34 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 117/2013, del 7 de marzo de 2013 M.P.: Alexei Julio Estrada. La intención del pronunciamiento jurisprudencial es evitar la revictimización y evitar un daño psicológico, preceptuando que: “Es evidente que la diligencia de entrevista, interrogatorio y contrainterrogatorio arrojan datos significativos que demuestran las condiciones clínicas en las que quedó el menor-víctima por causa del delito consumado contra su humanidad, se evalúan sus miedos, temores, angustias, sueños, pesadillas, desafectos y trastornos a nivel sexual, entre múltiples situaciones, por lo cual requiere de un

14. En las diligencias en que deba intervenir un niño, niña o adolescente, la autoridad judicial se asegurará de que esté libre de presiones o intimidaciones en procura de la transparencia.

Para el efecto se utilizará cualquier medio tecnológico³⁵ en términos de idoneidad, y se verificará que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecúe el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad.

El operador de justicia podrá dentro de su razón, considerar pertinente limitar la comparecencia de todos los intervinientes en el proceso. A su juicio permitirán solo el ingreso de los sujetos procesales, la autoridad judicial, el defensor de familia, los organismos de control y el personal científico que deba apoyar al niño, niña o adolescente³⁶.

PROHIBICIONES DE BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS

En los casos de delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas³⁷:

1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004³⁸, esta consistirá

ambiente especial y favorable acorde con los principios del interés superior del menor. Es por ello que se requiere de pautas constitucionales y legales, que en determinados eventos se hace necesario valorar con plenos efectos las entrevistas o versiones rendidas previamente, dado el daño que puede causar obligar a que el menor acuda a la audiencia (incluso con las posibilidades de Cámara Gesell y la mediación de profesionales que los asistan) o se le pida recordar el evento traumático.”

35 Por ejemplo el uso de la Cámara de Gesell, permite reducir los niveles de aplanamiento emocional y la forma como podemos violentar sus emociones, sentimientos y la seguridad del ambiente, contribuyendo con ello con una política de no revictimizar. AGUILAR ARGENAL, Omar. La cámara de Gesell. En: Anuario de Justicia de menores. (2010) No. 10. p. 84.

36 CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA. Op. cit., artículo 194.

37 *Ibid.*, artículo 199.

38 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley 906 (31 de agosto del 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

- siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307³⁹, literales b), y 315 de la Ley 906 de 2004⁴⁰.
2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004⁴¹.
 3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8,

Bogotá, artículo 306: ".El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente. Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión. La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia. La víctima o su apoderado podrán solicitar al Juez de control de Garantías, la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que esa no sea solicitada por el fiscal. En dicho caso, el Juez valorará los motivos que sustentan la no solicitud de la medida por parte del Fiscal, para determinar la viabilidad de su imposición".

39 *Ibíd.*, artículo 307 literal B. "No privativas de la libertad.

1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.

2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.

3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe.

4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.

5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.

6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.

7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.

8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.

9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.

40 *Ibíd.*, artículo 315: "Cuando se proceda por delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o por delitos querrelables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley no exceda de cuatro (4) años, satisfechos los requisitos del artículo 308, se podrá imponer una o varias de las medidas señaladas en el artículo 307 literal B, siempre que sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas".

41 *Ibíd.*, artículo 314. "Sustitución de la detención preventiva. La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de residencia en los siguientes eventos:

1. Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será evaluado por el juez al momento de decidir sobre su imposición.

2. Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia".

- de la Ley 906 de 2004⁴² para los casos de reparación integral de los perjuicios.
4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal⁴³.
 5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal⁴⁴.
 6. En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004⁴⁵.
 7. No procederán las rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004⁴⁶.

42 *Ibíd.*, artículo 324, numeral 8: “Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas”.

43 CÓDIGO PENAL. *Op. cit.*, artículo 63: “Suspensión condicional de la ejecución de la pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.

2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

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

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

44 *Ibíd.*, artículo 64: “Libertad condicional. El Juez concederá la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años, cuando haya cumplido las tres quintas partes de la condena, siempre que de su buena conducta en el establecimiento carcelario pueda el Juez deducir, motivadamente, que no existe necesidad para continuar con la ejecución de la pena. No podrá negarse el beneficio de la libertad condicional atendiendo a las circunstancias y antecedentes tenidos en cuenta para la dosificación de la pena. El período de prueba será el que falte para el cumplimiento total de la condena”.

45 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. *Op. cit.*, artículo 461: “Sustitución de la ejecución de la pena. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva”.

46 *Ibíd.*, artículos 348 a 351: Estos artículos hacen referencia a la finalidad, a la procedencia, al procedimiento y las modalidades de preacuerdos y negociaciones en el sistema acusatorio colombiano.

8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.

CONCLUSIONES

El proceso penal de menores en Colombia está orientado por los principios fundamentales de protección integral, interés superior del menor, la especialización de la jurisdicción y el debido proceso.

Legislativamente se estableció un procedimiento especial cuando los menores son víctimas de delitos, consagrando en un capítulo único los criterios para el desarrollo judicial de estos procesos, en atención al principio de protección integral que inspira a la legislación de menores.

En el caso colombiano, en virtud de la realidad del conflicto armado, es difícil distinguir cuándo el menor es víctima y cuándo victimario. Tanto es así que el legislador estableció en el Código de Infancia y Adolescencia el principio de oportunidad, a través del cual, en los casos en que el adolescente haya participado directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas en los grupos al margen de la ley, se puede renunciar a la persecución penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR ARGEÑAL, Ómar. La cámara de Gesell. En: Anuario de Justicia de menores. (2010) No. 10. p. 81-108.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos. Nueva York: ONU. 2005. 12p. Suplemento No. 5 (E/2005/99)

- FERREIRÓS MARCOS, Carlos Eloy. La mediación en el derecho penal de menores. Madrid: Dykinson, S.I, 2011. 275 p.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. La Convención Internacional de los Derechos de la Infancia: del menor como objeto de compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de los derechos. En: Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral. Santa Fe de Bogotá, D.C.: UNICEF, 1994. p. 73-87.
- GIMENO JUBERO, Miguel Ángel. Protección de menores en el código penal. Madrid: Tirant lo Blanch, 1999. 371.
- GONZÁLEZ, Gloria. El menor como víctima del delito. En: Menores: responsabilidad penal y atención psicosocial. Sevilla: Tirant lo Blanch, 2004. p. 269-203
- GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, Carolina; CORONEL, Elisa; y PÉREZ, Carlos Andrés. Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. En: Revista Liberabit. Vol. 15 N. 1. (Ene.-Jun. 2009). p. 49-58.
- HERRERA MORENO, Myriam. La hora de la víctima. Madrid: Edersa. 1996. 408p.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan. Las consecuencias jurídicas del delito. Madrid: Civitas, 1993. 228 p.
- MARTÍN RÍOS, María del Pilar. La victimización secundaria del menor, En: OSTOS J.M. El experto universitario en justicia de menores. Sevilla: Astigi, 2008. p. 320-324.
- MARTÍN OSTOS, José. En torno al interés superior del menor En: Anuario de Justicia de Menores, (2012) No. 12. p. 39-66.
- MONTALVO VELÁSQUEZ, Cristina. Revista Advocatus. N. 15. Edición especial. Universidad Libre (2010), p.15-25.

MUÑOZ, Jesús Antonio. Niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla del Consejo Superior de la Judicatura. 2008. 248 p.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Nueva York: ONU. 2005. Informe sobre el 14° período de sesiones. Documentos Oficiales, Suplemento N° 10. 118p.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador", adoptado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos: OEA. Décimo octavo período ordinario de sesiones. en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988.

RODRÍGUEZ CENTENO, Rocío. Menores Víctimas de Abusos Sexuales: Tratamiento psicológico y jurídico. Sevilla: Anuario de Justicia de Menores. 2008 p. 103-104.

SANZ H.A. La declaración de menores víctimas y/o testigos de delitos: Derecho de defensa, protección del interés del menor y eficacia de la justicia penal. En: ARMENTA D. T, Y OROMÍ VALL-LLOVERA. S.: La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa – América. Madrid: Colex, 2010. p. 316-324.

SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, Pilar. Victimología y Menores. Examen especial de la violencia sexual sobre víctimas menores de edad. Sevilla: Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, 2001. 346 p.

SILVANI, Simona. La tutela del menor víctima de delito en el derecho penal italiano sustancial y procesal: En: Anuario de Justicia de Menores. No. 04 (2004). p. 171-192.

NORMAS CITADAS

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. 1991.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO PENAL.
Ley 599 (24, julio, 2000) Por la cual se expide el Código Penal.
Bogotá D.C., 2000.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO DE LA
INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. Ley 1098 (noviembre 08 del
2006). Bogotá Por la cual se expide el Código de la Infancia y la
Adolescencia

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO DE PROCE-
DIMIENTO PENAL. Ley 906 (Agosto 31 del 2004). Por la cual se
expide el Código de Procedimiento Penal. Bogotá

JURISPRUDENCIA CITADA

COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 117/2013, del
7 de marzo de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada.

COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-283/1994 del
16 de junio de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes
Muñoz.

COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-753/1999 del 11
de Octubre de 1999. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez
Caballero.

DERECHO A LA JUSTICIA DE NIÑAS Y NIÑOS EX COMBATIENTES

RIGHT TO JUSTICE OF EX CHILD SOLDIERS

MARCELA ARELLANO VELASCO¹

Resumen

Este documento pretende arrojar luz sobre uno de los mayores desafíos de los diálogos y acuerdos de paz en Colombia, el derecho a la justicia de las víctimas, concretamente de las niñas y niños desvinculados de las Autodefensas Unidas de Colombia, y su tratamiento en el marco del derecho penal, los derechos humanos y la justicia transicional. En él se aborda de manera crítica dicho proceso, poniendo de manifiesto los errores cometidos; las obligaciones legales nacionales e internacionales y los lineamientos propuestos por el modelo de justicia transicional. Ello con la finalidad de elaborar una propuesta para un más efectivo logro del derecho a la justicia de las y los menores ex combatientes en Colombia.

Palabras clave: niños soldado, DDR, justicia criminal, justicia transicional.

Abstract

This document focuses on the right to justice of Colombian armed conflict victims. It is particularly focused on girls and boys demobilized from Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) and its treatment on the framework of criminal law, human rights and transitional justice. It examines critically this process, highlighting made mistakes; national and international legal obligations; and proposed guidelines from transitional justice model. It has the purpose of elaborating a proposal to improve right to justice fulfillment of ex child soldiers in Colombia.

Keywords: child soldiers, DDR, criminal justice, transitional justice.

¹ Abogada egresada de la Universidad de Cartagena; Doctora en paz y conflictos por la Universidad de Granada; Magíster en Derechos Humanos por la Universidad Internacional de Andalucía, y Magíster en Estudios de Género y Desarrollo por la Universidad Complutense de Madrid. Actualmente es profesora de Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional Público en la Universidad del Atlántico y consultora independiente, asesorando y desarrollando proyectos para la administración pública, organizaciones internacionales e instituciones sin ánimo de lucro.

INTRODUCCIÓN²

Este documento surge de una investigación en curso, llevada a cabo desde la Universidad del Atlántico acerca de "los derechos de las niñas y niños víctimas de reclutamiento ilícito en Colombia y su tratamiento desde el derecho tradicional y la justicia alternativa. El problema que da origen a la investigación es el inadecuado tratamiento dado a las niñas y niños del grupo paramilitar Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), durante el proceso de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) del mismo³. En dicho proceso, realizado entre 2003 y 2005, con base en la Ley 975 de 2005, más conocida como Ley de Justicia y Paz",⁴ se excluyó a un elevado número de menores, que no pudieron acceder a los beneficios concedidos a los desmovilizados adultos, lo que devino en la negación del derecho a la justicia de estas víctimas del conflicto armado.

Dicha ley, se diseñó en un marco de justicia transicional para posibilitar el goce efectivo de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición. Sin embargo, lejos de eso, la realidad es que las niñas y niños víctimas de reclutamiento ilícito obtuvieron después de su desvinculación fue la impunidad, y en muchos casos la re-victimización al ser objeto de nuevas violaciones de sus derechos, entre ellas nuevos reclutamientos por bandas armadas conformadas

2 Parte del texto de esta introducción fue presentado como comunicación en el XVI Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. ARELLANO VELASCO, Marcela. Derechos de la infancia y la justicia transicional en Colombia. En: Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal: "La justificación del castigo penal". (16: 9-10 julio: León, España) Actas del XVI Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. León: Universidad de León y Fundación Internacional de Ciencias Penales. 2015. Ver texto completo en: <https://ficip.es/publicaciones-juridicas/actas-de-congresos-y-seminarios/actas-del-xvi-seminario-internacional-de-fd-y-dp/>

3 Se eligió el caso de la desmovilización masiva de las Autodefensas Unidas de Colombia por ser paradigmático, dado que fue la primera vez que se incluyó de manera expresa el tema de los menores soldado en procesos de DDR en Colombia.

4 Según el boletín ABC de la ley de Justicia y Paz del Ministerio de Justicia de Colombia, ésta busca facilitar los procesos de paz y la reincorporación a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley que se hayan desmovilizado individual o colectivamente, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral.

después de la desmovilización de las AUC, las llamadas bandas criminales emergentes (BACRIM)⁵.

El objetivo general de la investigación es demostrar por qué no tuvieron acceso a la justicia las y los infantes desvinculados de las AUC, poniendo de manifiesto los errores cometidos, con la idea de construir una herramienta de buenas prácticas. Es de importancia capital visibilizar el impacto negativo que tiene para una sociedad en transición hacia la paz un inadecuado proceso de DDR. Y lo es asimismo, realizar recomendaciones sirvan de referente para futuros procesos de DDR, para que no se siga poniendo en riesgo la construcción de una paz sostenible.

En lo referente al marco teórico, la investigación define el DDR como un proceso propio de la reconstrucción post bélica o la transición a ella, que inicia con un acto formal de dejación de armas por parte de las personas vinculadas a ejércitos o grupos armados ilegales, así como de toda actividad insurgente o beligerante por su parte. La desvinculación puede ser voluntaria o mediante captura por parte de las fuerzas armadas legítimas. A este acto le sigue la puesta a disposición de la persona desvinculada ante las autoridades competentes, bien en el ámbito de la justicia o bien ante el órgano de protección de menores, al tratarse de infantes⁶.

Cuando la desvinculación se produce en el marco de acuerdos formales de paz, suele ser colectiva y realizarse en varias etapas: primero

5 Respecto a los menores pertenecientes a las Bandas Criminales Emergentes, al servicio de distintos grupos delincuenciales, la Corte Constitucional reafirmó su condición de víctimas, al señalar que son merecedores de los beneficios establecidos en la Ley 1448 de 2011 "Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones". Ver texto completo de la sentencia en: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-069/2016. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez

6 Cuando se trata de menores de edad el órgano competente es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), no las y los jueces, por considerarse que estos no son responsables penales sino víctimas del delito de reclutamiento ilícito.

desarme y desmovilización, para realizar luego la reintegración social, aunque no siempre ocurre de esta manera⁷.

Por otra parte, el marco teórico de la investigación acoge el concepto de justicia transicional dado por el sociólogo noruego Jon Elster, que afirma: “la justicia transicional está compuesta de los procesos penales, de depuración y de reparación que tienen lugar después de la transición de un régimen político a otro”⁸. Dichos procesos según el “*International Center for Transitional Justice*”, no son un tipo especial de justicia, sino una forma de abordarla en épocas de transición desde una situación de conflicto o de represión por parte del Estado hacia el logro de una etapa pacífica⁹.

Lo anterior, entonces, se trata de medidas asentadas en fuertes compromisos jurídicos y morales, que los gobiernos han utilizado para reparar violaciones masivas de derechos humanos. Estas han variado de unos países a otros dependiendo de lo que cada uno considera que satisface sus necesidades de justicia. Por este motivo son muy diversas las formas e instrumentos utilizados, no existe una lista cerrada, más bien se han ido construyendo e incorporando nuevas medidas, siendo algunas de las más utilizadas, las acciones penales, las reparaciones, las reformas institucionales y las comisiones de la verdad, entre otras¹⁰.

7 El desarme, la desmovilización, la rehabilitación y la reintegración social de los niños soldados, se sitúa en el marco más amplio del proceso de rehabilitación posbélica, específicamente en la fase de rehabilitación o reconstrucción del tejido social. ARELLANO VELASCO, Marcela. *La Guerra no es un Juego, Uso y Participación de Niños en Conflictos Armados*. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, 2008. p.160.

8 ELSTER, Jon. *Closing the books: Transitional justice in historical perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 18.

9 CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL. ¿Qué es la Justicia Transicional? Ficha virtual. [Fecha de consulta: 12 de mayo de 2018]. Ver: <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>.

10 En este marco, las acciones penales, se dirigen sobre todo contra los criminales considerados de mayor responsabilidad. Las reparaciones, utilizadas por los gobiernos para reconocer y resarcir los daños sufridos, suelen tener un componente material, como indemnizaciones y servicios de atención a víctimas; y un componente simbólico, como pedir perdón públicamente o establecer días del recuerdo o de la memoria. Las reformas de instituciones públicas implicadas en los abusos, –por lo general las fuerzas armadas, la policía y los tribunales–

Como hipótesis previa, se plantea que, tal como se realizó la desvinculación de las personas menores de edad pertenecientes a las AUC, no se lograron los objetivos propios de los procesos de DDR; y tampoco se tuvieron en cuenta seriamente las propuestas de la justicia transicional en los sentidos antes mencionados. Antes por el contrario, el tratamiento dado a las personas menores desvinculadas de las AUC generó impunidad, lo que se observa no solo en los muy pocos procesos penales adelantados por el grave delito de reclutamiento ilícito de menores y demás crímenes conexos, sino además en los casi nulos mecanismos alternativos que permitan avanzar en verdad, reparación y no repetición.

Aunque la lógica del mal menor necesario para conseguir un bien superior, la paz, parece haberse impuesto sobre el respeto por los derechos humanos de un grupo vulnerable como lo son las niñas y niños. La hipótesis de la investigación propone que todavía es posible rectificar, sobre todo cuando es posible iniciar nuevos procesos de DDR con otros actores del conflicto armado. De no ser así, es bastante probable que las propias víctimas inicien procesos penales ante tribunales nacionales y si fuera necesario, ante tribunales internacionales de derechos humanos, para lograr la tan necesaria reparación de sus derechos vulnerados, en especial de su derecho a la justicia.

Tanto el Derecho Penal colombiano, que contiene medidas punitivas para quienes recluten a personas menores de 18 en grupos armados; como el Tribunal Penal Internacional, que dentro de su mandato puede juzgar como criminales de guerra a quienes hayan reclutado o utilizado menores de 15 años en fuerzas o grupos armados, son

buscan dismantelar la maquinaria estructural de los abusos para evitar tanto la repetición de violaciones de derechos humanos graves, como la impunidad. Las comisiones de la verdad, u otras formas de investigación y análisis de abusos sistemáticos, recomiendan cambios y ayudan a comprender las causas subyacentes de las violaciones de derechos humanos.

mecanismos idóneos para realizar el derecho a la justicia. En este sentido, el profesor Manuel Ollé Sesé, señala que:

(...) la protección de los derechos humanos fundamentales se convierte en objeto de protección directa por parte del Derecho Penal Internacional. Sea mediante su aplicación directa por parte de las jurisdicciones domésticas, sea a través del ejercicio de la justicia universal, o sea en sede de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, mixtos o ante la Corte Penal Internacional...¹¹

Asimismo, el derecho alternativo o nuevo derecho resulta tremendamente útil en el logro pleno de los derechos humanos fundamentales. Más que llorar sobre la leche derramada o empeñarse en resaltar los fallos de la justicia transicional, es más útil encontrar la manera de extraer lo mejor de esta propuesta y de perfeccionar aquello que no ha funcionado, a la vez que se incorporan nuevas ideas para satisfacer el derecho a la justicia.

DESARME, DESMOVILIZACIÓN Y REINTEGRACIÓN DE NIÑAS Y NIÑOS DE LAS AUTODEFENSAS UNIDAS DE COLOMBIA

El reclutamiento y uso ilegal de niños y niñas en grupos armados así como su abuso físico, psicológico y sexual en este contexto, es una perversa práctica que se ha convertido en una arma de guerra habitual por parte de todos los actores del conflicto armado colombiano, a pesar de que es obligación del Estado proteger y garantizar los derechos de la infancia¹². Esta obligación, derivada de instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos y derecho

11 OLLÉ SESÉ Manuel, Derechos Humanos y Justicia Penal Internacional. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, 2008. p.13.

12 ARELLANO VELASCO. La Guerra no es un Juego, Uso y Participación de Niños en Conflictos Armados Op. cit., p 211-213.

internacional humanitario, que implica procurar el desarme, desmovilización y rehabilitación (DDR) de los menores ilícitamente vinculados a grupos armados, no ha sido cumplida debidamente por el Estado colombiano¹³.

Los procesos de DDR de personas alzadas en armas, usualmente situados dentro del marco más amplio de los procesos de rehabilitación posbélica, pero también llevados a cabo en medio de la contienda, son de larga tradición en Colombia. Sin embargo, durante mucho tiempo no existieron políticas públicas en este sentido, dirigidas a niñas y niños vinculados a los grupos armados ilegales o al ejército nacional, a pesar del llamamiento a crearlas por parte de organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales¹⁴.

No fue sino hasta el proceso de desmovilización masiva del grupo paramilitar Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) realizado entre 2003 y 2005, cuando comienza a incluirse a los combatientes menores de edad en los programas de DDR. Sin embargo, son muchas las voces, –entre ellas de organismos de Naciones Unidas, agencias y organizaciones de desarrollo, el Ministerio Público Colombiano, expertos y expertas en el tema– que han denunciado la falta de legalidad, cobertura y escaso impacto de los mencionados programas de DDR en la construcción de paz¹⁵.

13 Colombia es Estado Parte en la Convención sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de la OIT y la Acción Inmediata para su Eliminación de 1999, y del Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados de 2000, instrumentos que contienen obligaciones relativas al DDR.

14 Una de las organizaciones más incisivas en este sentido ha sido "Human Rights Watch", quien en el año 2003 publicó el informe "Aprenderás a no Llorar. Niños Combatientes en Colombia.

15 VILLARRAGA SARMIENTO, Álvaro, Reclutamiento y Utilización de la Niñez en el Conflicto Armado Colombiano: Diagnósticos, políticas, medidas y procesos DDR, años 2000. En: CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. Desafíos para la reintegración, enfoques de género, edad y etnia Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica. 2013. p. 219.

Este proceso de desmovilización masiva se apoyó en la Ley 975 de 2005, que estableció penas alternativas para los desmovilizados de grupos armados ilegales sindicados de graves crímenes que entregaran y pusieran a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a las personas menores de 18 años que hicieran parte de dichos grupos. Este requisito, que constituiría una reparación en términos de justicia transicional, apareció en la ley como imprescindible para acceder a los beneficios jurídicos y de reinserción. Sin embargo, muy pocos niños fueron entregados y muchos de los que sí lo fueron no recibieron los mismos beneficios que los adultos¹⁶.

La forma como se desarrolló este proceso de DDR hace dudar del respeto y garantía del derecho a la justicia para las niñas y niños víctimas de este horrendo crimen. Al respecto, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación ha señalado que en las desmovilizaciones de niños, niñas y adolescentes de las AUC y grupos similares, realizadas entre 2003 y 2006, solo un 10 % de estas personas fueron legalizadas y vinculadas al programa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). La gran mayoría fue ocultada en su proceso de desvinculación por parte de los mandos paramilitares, dándose muchos casos de desvinculación informal desprovista de apoyo oficial, en algunos casos con anuencia de funcionarios públicos. En varias situaciones los menores siguieron siendo víctimas de reclutamiento y de utilización ilícitas por parte de diversos actores pertenecientes a grupos disidentes y redes delincuenciales. En consecuencia el programa especial de reincorporación diseñado para esta población por el ICBF no fue aplicado a toda la población infantil afectada, adoleciendo de una clara ineficacia¹⁷.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 238-239.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 255.

En su Informe de 2006, la Procuraduría General de la Nación denunció que en el mencionado proceso de desmovilización colectiva, no se cumplió el requisito de entrega de menores de edad por parte de los desmovilizados de la AUC y grupos guerrilleros que desertaron para vincularse al proceso de paz. Además, recordó que en los procesos de paz es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para conseguir la desmovilización y la protección inmediata de los niños, niñas y adolescentes vinculados del conflicto armado. En palabras del Procurador General de la Nación:

Esta situación es altamente preocupante, si tenemos en cuenta que la cifra de niños, niñas y adolescentes pertenecientes a grupos ilegales supera cien veces la de aquellos que han sido desmovilizados.¹⁸ ...El gobierno actual no ha tomado el tema de los niños, niñas y adolescentes soldados en forma prevalente, en los actuales procesos de desmovilización y reinserción de grupos al margen de la ley. Dentro del proceso de negociación que antecede a la desmovilización colectiva no se ve que se esté discutiendo el tema de los niños, niñas y adolescentes. Así las noticias se desarrollan en torno a las armas, bienes y no con respecto a la necesidad de esclarecer el paradero de entre 11.000 a 14.000 niños, niñas y adolescentes... se utiliza el "principio de protección prevalente" como una forma de indeterminación de las políticas públicas con respecto a los niños¹⁹.

El Principio de Protección Prevalente, guía la interpretación y aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, impone a los Estados tener en cuenta en primer lugar el interés superior del niño a la hora de implementar o aplicar cualquier medida o política pública que

18 PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Seguimiento a políticas públicas en materia de Desmovilización y Reinserción. Bogotá: PGN; 2006, Tomo 2, p. 13

19 *Ibid.*, p 13-16.

afecte a un menor o a la infancia en general. No obstante, la indeterminación jurídica del mismo, permite a los Estados dar prevalencia a sus intereses políticos, económicos o a prácticas sociales y culturales, en muchos casos violatorias de los derechos humanos de los menores. Ello puede explicar el hecho de que el mencionado informe de la Procuraduría General de la Nación, no haya dado lugar a medidas contundentes para amparar los derechos de los menores.

Si bien es cierto que en razón del equilibrio que exige la paz y la reconciliación, la pena aplicable a los desmovilizados pueda ser alternativa a la prisión, también es cierto que debe existir verdad, reparación y no repetición para que pueda hablarse de justicia, en términos de justicia transicional. La paz sin justicia puede llevar a que se repitan los círculos de violencia, y en este caso, sin duda no solo se han repetido, sino que han ocasionado que se pierda una oportunidad única de construir paz con un alto número de jóvenes pertenecientes a una generación que creció en medio de la guerra y a la que podía haberse enseñado que es posible vivir en paz.

DE LA LIMITACIÓN DEL RECLUTAMIENTO DE MENORES AL CASTIGO PENAL

El Estatuto de Roma de 1998, creador de la Corte Penal Internacional, recoge en su artículo 8.2 b, XXVI, una lista de crímenes de guerra en caso de conflicto armado internacional y no internacional, dentro de la cual incluye de forma expresa:

(...) reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades, y reclutar o alistar niños menores de 15 años en las

fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades²⁰.

La tipificación en el Estatuto de Roma del reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 años como crimen de guerra fue un paso muy importante para disminuir el número de niños que participan en conflictos armados, ya que tiene un efecto disuasorio y permite castigar a los responsables de tales acciones, que en este caso serían las personas responsables de su reclutamiento y alistamiento, tanto de los Estados como de los grupos armados irregulares. Sin embargo, es criticable el hecho de que el Estatuto recoge el estándar mínimo de protección del niño contra la participación en hostilidades bélicas, establecido por el Derecho Internacional Humanitario²¹.

El artículo 8.2 b) XXVI) del estatuto de Roma no refleja el estándar de protección más alto ya que no incluye la participación indirecta en las hostilidades, y no eleva la edad mínima para la participación hasta los 18 años, en consonancia a la tendencia reflejada en instrumentos internacionales como la Convención sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de la OIT y la Acción Inmediata para su Eliminación de 1999; el Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados de 2000; y la Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño de 1990 en el ámbito regional.

20 ESTATUTO DE ROMA. Artículo 8.2 b, XXVI. Roma (17, julio, 1998) 128p.

21 Los Protocolos I y II de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra, sin establecer una prohibición completa fijaron límites al reclutamiento de personas menores de edad. Así, de acuerdo al artículo 77.c párrafo 2, del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra: "Las partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas; y al reclutar personas mayores de 15 años pero menores de 18 años, las partes en conflicto procurarán reclutar primero a los de más edad"

En el ordenamiento jurídico colombiano, el castigo a quienes recluten menores de edad está recogido en el artículo 162 del Código Penal (Ley 599 de 2000), así:

Reclutamiento lícito: El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de seis a diez años y multa de seiscientos a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes²².

Esta medida punitiva, relativamente reciente, obedece a la necesidad de integrar en el ordenamiento jurídico colombiano los compromisos internacionales adquiridos con la Adhesión al Estatuto de Roma de 1998, creador del Tribunal Penal Internacional; la Convención sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de la OIT y la Acción Inmediata para su Eliminación de 1999; y el Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados de 2000.²³

Por lo anterior, la norma penal colombiana es más contundente, al elevar la edad mínima permitida para el reclutamiento a los 18 años, y reprimir el reclutamiento y uso de niños como soldados en toda circunstancia. Además, la redacción de la norma deja muy claro que la responsabilidad se deriva de la utilización de los menores, no de la participación de ellos. Esto traslada la responsabilidad a quienes

22 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO PENAL. Ley 599 (Julio 24 del 2000) Por la cual se expide el Código Penal. Bogotá D.C., 2000. Artículo 162.

23 Colombia firmó el Estatuto de Roma en julio de 1998 pero al encontrar obstáculos constitucionales para su integración en el derecho interno, retrasó su ratificación hasta agosto de 2002. El Tratado fue aprobado por el Congreso mediante Ley 742 del 5 de junio de 2002, y declarado exequible por la Corte Constitucional según Sentencia C-578 del 30 de julio de 2002 cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. Manuel José Cepeda Espinosa,

cometen el acto de reclutamiento, no a los menores de edad, aunque decidan vincularse voluntariamente al grupo armado²⁴.

Asimismo, el artículo 162 del Código Penal colombiano refleja la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que después de la aprobación del Estatuto de Roma pidió a los gobiernos:

Tomar medidas legislativas, judiciales o de otra índole, para identificar, procesar y sancionar a los agentes estatales o personas civiles que ejecuten, autoricen, colaboren o faciliten el reclutamiento de menores o su utilización en conflictos armados²⁵.

Por otra parte, el gobierno colombiano no solo estableció un estándar de protección de los menores de edad frente al reclutamiento más alto que el establecido en el Estatuto de Roma, sino que además ha efectuado sucesivas modificaciones legales para elevar la sanción penal. Así, después de su penalización por primera vez en la Ley 418 de 1997 con una sanción de tres a cinco años de prisión, la Ley 599 de 2000 la aumentó de seis a diez años; y posteriormente la Ley 890 de 2004 elevó la pena máxima hasta 15 años. Más recientemente, en el año 2015, se presentó al Congreso de la República el proyecto de Ley 015 para modificar el artículo 162 de la Ley 599 de 2000, en el siguiente sentido:

Reclutamiento ilícito. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años, los

²⁴ La mayoría de los Estados castiga penalmente a los niños soldado vinculados a grupos alzados en armas, por delitos como rebelión, sedición, porte ilegal de armas, terrorismo, entre otros; sin embargo, estos delitos son de jurisdicción interna, no internacional.

²⁵ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999. Capítulo 6, Recomendación sobre la erradicación del reclutamiento y la participación de niños en los conflictos armados. Washington: OEA, 2000. Ser.L/V/II.106.

utilice o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años y en multa de dos mil (2000) a cuatro mil (4000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Parágrafo 1°. Cuando la conducta se cometa y se utilice al menor reclutado como esclavo sexual, la pena se agravará de una tercera parte a la mitad.

Parágrafo 2°. En ningún evento podrá considerarse la conducta de reclutamiento forzado de menores como conexas a delitos de tipo político consagrados en el capítulo XVIII de la Ley 599 de 2000.

Además del establecimiento de medidas legislativas para procesar a las personas responsables de este delito, el Estado colombiano ha implementado medidas de DDR, atendiendo a la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que recomendó a los gobiernos lo siguiente:

Establezcan políticas, mecanismos e instituciones especiales para la recuperación, reeducación y preparación para insertar en la vida social a los niños y adolescentes que hayan participado como miembros de organizaciones armadas, sean estatales, o no gubernamentales²⁶.

En este sentido, durante la pasada década, el gobierno colombiano creó mecanismos, instituciones, iniciativas y estrategias para ofrecer oportunidades a excombatientes que quieran reintegrarse en la sociedad²⁷.

²⁶ *Ibíd.*, p. 14.

²⁷ Para una descripción completa de estas iniciativas, ver: DERKS, Maria; ROUW, Hans & BRISCOE, Iván. *A Community Dilemma: DDR and the Changing Face of Violence in Colombia*. Amsterdam: Pax Christi, 2011. 71p.

Destacan el Programa de Reincorporación a la Vida del año 2004, y la Política Nacional de Reintegración Social y Económica para Personas y Grupos Armados Ilegales (PRSE), en el 2010, liderado por la Agencia Colombiana para la Reintegración, antigua Alta Consejería para la Reintegración²⁸.

Además durante el proceso de desmovilización de las AUC, el gobierno incorporó el programa para desertores, y creó un solo programa de DDR para todos los alzados en armas, fuesen paramilitares o guerrilleros. Sin embargo estas medidas se dirigieron sobre todo a personas adultas, quedando excluidas de dichos beneficios un elevado número de personas menores de edad víctimas de reclutamiento ilícito, lo que deja la puerta abierta a la justicia penal nacional o Internacional para hacer efectivo el derecho a la justicia de las víctimas de reclutamiento ilícito.

LA JUSTICIA TRANSICIONAL COMO ALTERNATIVA AL CASTIGO PENAL

La justicia transicional se refiere a un conjunto de teorías y prácticas enmarcadas en procesos políticos que buscan transitar de una situación de guerra, dictadura o conflicto violento hacia una nueva realidad democrática que haga justicia a las víctimas mediante el reconocimiento del daño, castigue a los victimarios y repare los daños causados tanto a las víctimas como a la sociedad²⁹. En este sentido, el mencionado proceso de DDR de los grupos paramilitares en Colombia quedó bastante lejos de cumplir con este cometido.

28 La PRSE, inicialmente concentrada en Bogotá fue expandida al nivel nacional después de la desmovilización masiva de las AUC entre 2003 y 2006.

29 Para Jon Elster "la justicia transicional está compuesta de los procesos penales, de depuración y de reparación que tienen lugar después de la transición de un régimen político a otro". Op. cit. p. 1.

Hasta el momento ha habido 15 experiencias de justicia transicional en el mundo, de las que se han extraído una serie de lecciones aprendidas. Los casos de Argentina, Chile, El Salvador, Guatemala, Colombia, Burundi, Mozambique, Sierra Leona, Sudáfrica, Sri Lanka, Camboya, Irlanda del Norte, Bosnia Herzegovina y España, tuvieron en común el interés por dejar atrás la devastación en que quedaron los Estados, pero en todas se cometieron errores que aún hoy se están pagando³⁰.

Las primeras experiencias demostraron que las meras compensaciones económicas son insuficientes para hallar el equilibrio entre justicia y paz, sino se acompañan del esclarecimiento y de la sanción. Por ello los casos subsiguientes incluyeron, con mayor o menor éxito, al menos dos de los tres componentes básicos de la justicia transicional: verdad, castigo y reparación.

En palabras de Valencia Villa:

...es evidente que la cantidad y la calidad de la verdad, el castigo y la reparación que el Estado esté en condiciones de ofrecer a las víctimas de un pasado de barbarie e impunidad serán tanto mayores cuanto más consolidada se encuentre la cultura democrática en la respectiva sociedad. Un Estado democrático, con leyes, instituciones y autoridades legítimas y eficaces, y con una ciudadanía consciente de sus derechos y deberes, no debería temer ni temblar para cumplir con generosidad sus obligaciones constitucionales e internacionales en materia de justicia debida a todas las víctimas de todas las violencias³¹.

30 No hay espacio suficiente en este ensayo para analizar estos casos. Una reseña de ellos puede verse en: VALENCIA VILLA, Hernando, Introducción a la Justicia Transicional, Conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana "Julio Cortázar" de la Universidad de Guadalajara, México, el 26 de octubre de 2007, p 2-8.

31 *Ibid.*, p 9.

Para el profesor Hernando Valencia Villa el éxito de los procesos de justicia transicional es directamente proporcional a la madurez o consolidación de la cultura democrática de la sociedad. Sin embargo, los procesos adelantados demuestran estar lejos de esa deseada consolidación de la cultura democrática, lo que se refleja entre otras cosas en la imposición a la sociedad civil de las medidas de justicia transicional, y en la casi nula consideración de la opinión de las víctimas.

Valencia Villa señala que así sucedió en Colombia con el proceso de desmovilización de los grupos paramilitares de extrema derecha que adelantó el gobierno conservador del presidente Álvaro Uribe Vélez, con fundamento en la Ley 975 de 2005. Afirmando que este oscuro episodio no consultado con las víctimas del conflicto, y menos aún con los actores sociales, suscitó el recelo de la opinión pública internacional y la oposición de la comunidad de derechos humanos; y lejos de encontrar un equilibrio entre la justicia y la paz dejó en la impunidad crímenes atroces³². Entre estos crímenes destaca el reclutamiento y utilización para la guerra de niñas y niños, que sin duda está afectando la consolidación de la paz y el desarrollo del país.

El problema central que intenta resolver la justicia transicional es el derecho de las víctimas a la justicia, derecho reconocido en numerosos instrumentos internacionales³³. Por ello, desde la Asamblea General

³² *Ibíd.*, p 10.

³³ El artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y el artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, los derechos reconocidos a las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario, que figuran en el artículo 3 de la Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 18 de octubre de 1907 (Convención IV); en el artículo 91 del Protocolo adicional de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), de 8 de junio de 1977; y en los artículos 68 y 75 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Igualmente, este derecho es reconocido por instrumentos de derechos humanos de carácter regional, como el artículo 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 13 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

de Naciones Unidas, para reafirmar lo estipulado en estos instrumentos jurídicos y actualizar el compromiso de los Estados con relación al derecho de las víctimas a la justicia, se aprobaron a través de la Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005, los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones³⁴.

Este documento, breve en extensión, no más de veinte artículos, es fruto de veinte años de arduas reflexiones, negociaciones y presiones por parte de gobiernos, agencias internacionales, organizaciones no gubernamentales, expertos y activistas de muy diversas procedencias y orientaciones, hasta que finalmente fue aprobado por aclamación en el seno de la Asamblea General, lo que le confirió un carácter de *opinio juris communitatis* (opinión jurídica de la comunidad internacional), siendo por tanto una norma de índole general y obligatoria.

La Resolución 60/147, establece la obligación básica de “respetar, asegurar que se respeten y aplicar” las normas internacionales de derechos humanos y derecho humanitario, y a partir de allí impone a los Estados el deber de garantizar el derecho de las víctimas a la justicia, en tres dimensiones: el acceso igual y efectivo a la justicia; la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; y el acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.

El acceso igual y efectivo a la justicia, debe operar en las jurisdicciones nacionales y en la jurisdicción internacional, tanto para demandas individuales como para querellas colectivas, e incluye no solo los

³⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS RESOLUCIÓN 60/147, de la ASAMBLEA GENERAL. 16 de diciembre de 2005.

procedimientos judiciales sino también los de carácter administrativo y disciplinario. Señalando la Resolución que “las obligaciones resultantes del derecho internacional para asegurar el derecho de acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial deberán reflejarse en el derecho interno”³⁵.

La reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido, comprende cinco tipos de prestaciones: la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición. La restitución incluye el restablecimiento de la libertad; el disfrute de los derechos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía; el regreso al lugar de residencia; la reintegración en el empleo; y la devolución de los bienes.

La indemnización debe resarcir el daño físico o mental; la pérdida de oportunidades; los daños materiales y la pérdida de ingresos; los perjuicios morales; y los gastos legales y médicos. La rehabilitación comprende la atención médica y psicológica; y los servicios jurídicos y sociales. La satisfacción abarca medidas como la cesación de las violaciones continuadas; la verificación de los hechos y la revelación pública de la verdad; la búsqueda e identificación de las personas desaparecidas por la fuerza; el restablecimiento público de la dignidad y reputación de las víctimas; la petición pública de perdón con la aceptación de las responsabilidades consiguientes; la imposición de sanciones penales y disciplinarias a los responsables de las violaciones; las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas; y el registro de los crímenes en los textos escolares y en los manuales universitarios de historia y derechos humanos.

Por último, las garantías de no repetición comportan el control civil de las fuerzas militares y policiales; el respeto de las garantías procesales

35 *Ibíd.*, preámbulo.

y la sujeción de los procedimientos internos al derecho internacional; el fortalecimiento de la independencia e imparcialidad de la justicia; la protección de los defensores de derechos humanos, los comunicadores, y el personal asistencial y sanitario; la educación permanente en derechos humanos y derecho humanitario; la observancia de los códigos de conducta para los funcionarios públicos, los profesionales y los empresarios; la prevención de los conflictos sociales; y la reforma de las leyes contrarias a los derechos humanos y el derecho humanitario³⁶.

Finalmente, el tercer componente del derecho de las víctimas a la justicia, el acceso a información pertinente sobre las violaciones y sobre los mecanismos de reparación, incluye el derecho de las víctimas y sus representantes a solicitar y obtener información sobre las razones de su victimización, así como sobre las causas, características y consecuencias de las violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario.

La Resolución 60/147 concluye estableciendo tres disposiciones especiales: que los Principios y directrices deben interpretarse y aplicarse sin discriminación de ninguna clase, ni por ningún motivo; que los derechos de las víctimas han de protegerse también con el apoyo de las normas internacionales especiales y de las normas internas de cada Estado; y, que la protección de los damnificados ha de atenderse de tal manera que queden a salvo los derechos de las demás personas y en particular las garantías procesales de los acusados o presuntos responsables de los abusos³⁷.

³⁶ *Ibíd.*, apartado VII.

³⁷ *Ibíd.*, p. 12.

DEL CASTIGO A LA RESPONSABILIDAD

La Ley de Justicia y Paz (975 de 2005), diseñada para hacer frente a los graves crímenes de paramilitares desmovilizados, pese a establecer penas alternativas de entre cinco y ocho años a cambio de la desmovilización, la contribución a la verdad y a la reparación a las víctimas, no consiguió hallar el equilibrio entre la responsabilidad penal individual y la reparación a las víctimas ya que en muy pocos casos los menores fueron reparados y los responsables castigados. Al respecto, el Informe *Justicia transicional y los diálogos de paz en Colombia*, de la Organización Crisis Group señala que

Los fiscales y magistrados han reconocido cada vez más, que la aspiración original de la ley, de probar todos los delitos cometidos por los participantes en el esquema, desborda las capacidades institucionales actuales y que los juicios por sí mismos son ineficaces para la defensa integral de los derechos de las víctimas³⁸.

Para paliar este hecho, se creó un amplio marco legal de justicia transicional, que se amplió a partir de sucesivas reformas y opiniones jurisprudenciales de la Ley de Justicia y Paz, hechas con la finalidad de subsanar los errores u obstáculos que dicha ley pudiera plantear a un futuro proceso de paz con las guerrillas colombianas³⁹. Además, en el marco del proceso de paz con el grupo guerrillero FARC-EP, finalizado en 2016", se esbozaron algunos lineamientos y medidas para la reparación a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos cometidas por los actores del conflicto armado⁴⁰. Sin embargo, es importante decir que dichas reformas y nuevas medidas

38 CRISIS GROUP, *Justicia transicional y los diálogos de paz en Colombia*, Bruselas: International Crisis Group. 2013. Informe sobre América Latina N°49, p. 5.

39 Las reformas legales y nuevas medidas introducidas han sido la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (Ley de Víctimas) de 2011, el Marco Jurídico para la Paz del 2012 y los "Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación" bajo la Ley 1424 de 2010.

40 Pese a la importancia de estas, debido a su complejidad y extensión, no vamos a analizarlas en este texto.

de justicia transicional no han servido para reparar los derechos vulnerados a las niñas y niños desvinculados de los grupos paramilitares, que aún hoy continúan en la impunidad.

Hernando Valencia Villa expresa, que pese a que las víctimas tienden a ocupar el centro del debate ético contemporáneo, su condición legal y material resulta todavía muy precaria. En Colombia, a pesar de lo amplio y exhaustivo del cuerpo normativo nacional e internacional anteriormente reseñado, las niñas y niños víctimas de reclutamiento fueron sacrificados una vez más, tal como acertadamente expresa Valencia Villa, en aras de la desmovilización de los aliados irregulares del Estado, los grupos paramilitares. Los acuerdos de Paz celebrados con el grupo guerrillero FARC-EP en 2016, prometieron garantizar el derecho de las víctimas a la justicia, esperemos que no se cometan los mismos errores.

Ante este hecho es necesario plantearse nuevas formas de afrontar el delito y las violaciones a los derechos humanos en particular. La insuficiencia de la pena como medio de control social está más que evidenciada en la mayoría de los sistemas jurídicos; y la pena por sí sola no funciona como medida reparadora a las víctimas de tales violaciones. La justicia transicional tiene también grandes limitaciones debido a su naturaleza política que requiere necesariamente la voluntad y compromiso de los gobernantes que la aplican. En consecuencia, es necesario reforzar los modelos de justicia tradicional y transicional con otras medidas que incluyan aspectos no contemplados por ellos.

Un buen ejemplo de una nueva manera de afrontar los daños ocasionados por los delitos o conductas socialmente dañinas, que podría resultar útil para el tema que atañe, es la planteada por Iris Marion Young, quien a través de su modelo de conexión social de la responsabilidad propuso pasar de la culpa a la responsabilidad, compartida

por la sociedad⁴¹. Esta propuesta, siguiendo la tesis de Hanna Arendt, habla de la necesidad de separar el concepto de culpa del de responsabilidad a la hora de intentar buscar soluciones por los daños causados a la sociedad. Según Young, el concepto de culpa, centrado en delimitar o individualizar la o las personas que serán objeto de una sanción penal o moral no ayuda a avanzar en la reparación del daño causado.

Para esta autora la culpa pone el foco en el pasado en lugar de buscar hacia adelante posibles formas de contribuir al cambio de situaciones injustas. Iris Marion Young considera que la responsabilidad compartida es más útil para abordar la injusticia social y estructural. A través de la responsabilidad compartida se deja atrás el pasado y se considera el futuro, asumiendo colectivamente la responsabilidad que como ciudadanos tenemos de controlar las instituciones políticas y de asegurar que no se produzcan en ellas injusticias estructurales o, si éstas ya están presentes, que se puedan subsanar.

El modelo de la conexión social atribuye responsabilidad a todos los que contribuyen con sus actos a los procesos estructurales que ocasionan alguna consecuencia injusta⁴². "Atribuir la responsabilidad a una persona significa decir que tiene una tarea que realizar. Podemos hacer responsables a individuos o a grupos, y lo habitual es que la responsabilidad de las dolencias sociales se reparta entre muchos agentes. Las personas pueden ser responsables sin ser culpables". "Ser responsable en relación con la estructura social significa que uno tiene la obligación de unirse a otros que comparten esa responsabilidad con el fin de transformar los procesos estructurales para hacer que sus consecuencias sean menos injustas".

41 YOUNG, Iris Marion, Responsabilidad por la Justicia. Madrid: Ediciones Morata S.L., y Fundación Paideia Galiza, 2011, p. 102-139.

42 *Ibid.*, p. 108.

Según Young, cuando culpamos a unos individuos absolvemos a otros, de modo que esos otros, continuarán ignorando o no asumiendo que como ciudadanos tienen una responsabilidad compartida por el daño ocasionado a la sociedad. Además, la persecución de los culpables genera una reacción defensiva y no una utilidad cooperativa. Según Young, “la retórica de la culpa en el debate público normalmente produce una reacción defensiva y un intercambio de acusaciones improductivo” y, aunque se logre que las personas acepten su culpa, ello de nada sirve porque pasan a auto-centrarse, poniendo el énfasis en lo que hicieron y no en la manera de influir en las estructuras que requieren un cambio. A la vez, se deja de atender la naturaleza de las condiciones de fondo en que esos hechos dañinos se producen, lo que distrae de revisar en profundidad el papel de las estructuras sociales y lo que podemos hacer para cambiarlas⁴³.

El reclutamiento, uso y participación de menores en el conflicto armado tiene una raíz clara en la violencia estructural que subyace en la sociedad colombiana, y por ello es un problema que requiere la implicación de todos sus miembros. Judicializar a los responsables del reclutamiento y uso de niñas y niños para la guerra es necesario para poder avanzar en el camino hacia la paz y la garantía efectiva de los derechos humanos, pero ello solo no es suficiente, es necesario ampliar la idea de justicia y hacer partícipe de ella a toda la sociedad, construir la paz colectivamente es una mayor garantía de que será una paz duradera.

CONCLUSIONES

El problema planteado a lo largo de este artículo aborda una serie de interrogantes, ¿Se realizaron los procesos de DDR de los menores de edad desvinculados de las AUC conforme al derecho nacional, el

43 *Ibíd.*, p. 127-128.

Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos?; ¿Es la justicia transicional adecuada para estos casos?; ¿Cómo podrían subsanarse o repararse los derechos violados a los menores?; ¿Es posible iniciar procesos penales o elevar estas cuestiones ante tribunales internacionales de derechos humanos, o al Tribunal Penal Internacional?, ¿Qué utilidad tendrían estos procesos judiciales? Este texto no pretende sin embargo, dar respuesta a todos estos interrogantes, sino más bien despertar la duda y animar a esbozar soluciones a la problemática planteada.

A lo largo de este escrito quedó patente la inadecuada desvinculación de cientos de niñas y niños del grupo paramilitar Autodefensas Unidas de Colombia, durante el proceso de desmovilización masiva de dicho grupo entre 2003 y 2005, que trajo como consecuencia la falta de acceso a la justicia de estas víctimas del conflicto armado, al no poder acceder de manera completa al programa de DDR diseñado por la Ley de Justicia y Paz y las posteriores normativas que lo ampliaron.

La mayoría de los niños pertenecientes al mencionado grupo paramilitar fueron desvinculados de manera no oficial por la propia AUC, que no procedió a la entrega de los niños al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, garante de sus derechos. El requisito de entrega de los niños y niñas como presupuesto de acceso a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz no se cumplió, con lo cual su derecho a la justicia fue conculcado por el Estado, garante de los derechos humanos de los ciudadanos. Además de la impunidad sufrida, al no recibir justicia ni reparación alguna por los daños físicos y psicológicos de los que fueron objeto en medio de la guerra, muchas niñas y niños han sido re-victimizados, al ser objeto de nuevos reclutamientos por las llamadas bandas criminales emergentes (BACRIM), conformadas después de la desmovilización de las AUC.

La Ley de Justicia y Paz, incluyó por primera vez en Colombia a menores de edad dentro de los programas de DDR, pero no se ajustó a los mínimos requisitos establecidos por la normativa internacional que impone a los Estados garantizar el derecho de las víctimas a la justicia, en tres dimensiones, el acceso igual y efectivo a la justicia; la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; y el acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.

Las desmovilizaciones realizadas en el marco de dicha ley infortunadamente sacrificaron los derechos de las víctimas, entre ellas las niñas y niños reclutados ilícitamente, en beneficio de los grupos paramilitares, en muchas ocasiones aliados irregulares del Estado. Es poco probable que después de transcurrido tanto tiempo se tomen medidas para reparar el daño ocasionado a estas niñas y niños, –lo que no solo es un deber del Estado sino además absolutamente necesario para garantizar una paz sostenible en el tiempo– sin embargo, sí se han tomado medidas para incluir los derechos de las víctimas del conflicto armado en los acuerdos de Paz que se concluyeron con el grupo guerrillero FARC-EP en el año 2016. Queda por asegurar que la implementación de los acuerdos de paz alcanzados tenga en cuenta el pleno acceso a la justicia de los menores de edad reclutados y utilizados para la guerra por los actores del conflicto.

Es imperativo que los actores sociales, incluidas las víctimas, presionen al Estado para que al momento de diseñar y poner en marcha programas de DDR cumplan con sus compromisos adquiridos al ratificar los tratados internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario, especialmente la Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005, atiente a los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves*

del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

Asimismo, es importante explorar otros mecanismos alternativos de justicia además de la justicia transicional. Propuestas como la de Iris Marion Young, quien plantea pasar de la culpa a la responsabilidad a través de su modelo de conexión social de la responsabilidad, permitiría hacer partícipe a toda la sociedad en la construcción de un país con una verdadera justicia y paz. Los modelos tradicionales de justicia, en crisis por múltiples circunstancias, como la corrupción, la falta de recursos para modernizar y agilizar los procedimientos y la ineficacia de la pena para reparar los daños a las víctimas y resocializar a los victimarios, hace urgente escuchar y probar este tipo de propuestas. Compartir la responsabilidad permite dejar atrás el pasado y mirar hacia el futuro, ejercitando de manera colectiva una ciudadanía más activa, de tal manera que se ejerza control sobre el Estado para asegurar que no se produzcan injusticias estructurales o, si estas ya existen, que se puedan reparar.

El reclutamiento, uso y participación de los niños en la guerra tiene una raíz clara en la violencia estructural presente en la sociedad colombiana; la prolongación de las contiendas y la renuencia de las partes a cumplir las normas de Derecho Internacional Humanitario ha llevado a la degeneración y degradación de los medios y prácticas de guerra. La socialización en la guerra de miles de niñas y niños colombianos, unida a la pobreza extrema, les ha llevado a muchos de ellos a mirar el alistamiento en grupos armados irregulares como una opción de vida que les ayude a escapar de sus difíciles condiciones socioeconómicas; la poca importancia dada al maltrato infantil y la no consideración de la infancia como un grupo que merece especial protección tanto del Estado como de la sociedad y la familia, es una de las razones por las que la mayoría de los colombianos nos escandalizamos por el reclu-

tamiento de niñas y niños para la guerra pero seguidamente miramos hacia otro lado, pareciera que no es asunto de nadie.

Todo ello, evidencia que individualizar y castigar a los culpables de las graves violaciones cometidas contra miles de niñas y niños reclutadas para la guerra en Colombia es solo una cura superficial a una herida muy profunda a la que todos hemos contribuido de alguna manera. Y, como señala Iris Marion Young, "Cuando existen injusticias estructurales, declarar que algunas personas son culpables de realizar acciones injustas concretas no exime de responsabilidad a otras cuyas acciones contribuyen a las consecuencias"⁴⁴.

Es urgente que desde la familia y la comunidad comencemos a idear alternativas de reparación y sobre todo de cambio de la injusta estructura social que permite que sigan siendo siempre las personas más débiles las que sufren los mayores daños en momentos en que el Estado colapsa o no es capaz de garantizar los derechos a todas las personas, como ocurre en medio de la guerra. El marco de justicia transicional creado por el gobierno colombiano, tiene muchos fallos pero a la vez abre muchas posibilidades a implementar nuevas maneras de hacer efectivo el derecho a la justicia. Queda así la puerta abierta a nuevas propuestas que serán siempre bienvenidas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARELLANO VELASCO, Marcela. Derechos de la infancia y la justicia transicional en Colombia. En: Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal: "La justificación del castigo penal". (16: 9-10 julio: León, España) Actas del XVI Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. León:

44 *Ibíd.*, p.117.

Universidad de León y Fundación Internacional de Ciencias Penales. 2015.

ARELLANO VELASCO Marcela. La Guerra no es un Juego, Uso y Participación de Niños en Conflictos Armados. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, 2008. 276 p.

BRETT, Sebastián. Aprenderás a no llorar: Niños Combatientes en Colombia. Bogotá: Human Rights Watch. 2000. 90 p.

COMISIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN Reintegración: logros en medio de rearmes y problemáticas no resueltas, II Informe Nacional. Bogotá: CNRR, 2010. 157 p.

CRISIS GROUP, Justicia transicional y los diálogos de paz en Colombia, Bruselas: International Crisis Group. 2013. Informe sobre América Latina N°49. 66p.

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. Rearmados y reintegrados. Panorama pos acuerdos con las AUC. Bogotá: CNMH, 2015. 392 p.

DERKS, Maria; ROUW, Hans & BRISCOE, Ivan. A Community Dilemma: DDR and the Changing Face of Violence in Colombia. Ámsterdam: Pax Christi 2011. 71p.

ELSTER, Jon. Closing the books: Transitional justice in historical perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. 298 p.

OLLÉ SESÉ Manuel, Derechos Humanos y Justicia Penal Internacional. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, 2008. 116 p.

OLLÉ SESÉ, Manuel. Justicia Universal para crímenes internacionales. Madrid: La Ley, 2008. 550 p.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999. Capí-

tulo 6, Recomendación sobre la erradicación del reclutamiento y la participación de niños en los conflictos armados. Washington: OEA, 2000. Ser.L/ V/II.106.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Seguimiento a políticas públicas en materia de Desmovilización y Reinserción. Bogotá: PGN; 2006, Tomo 2. p. 1-16.

TEITEL, Ruti. "Transitional Justice Genealogy". Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, Spring 2003, Cambridge, MA, pp. 69-94.

VALENCIA VILLA, Hernando. Introducción a la Justicia Transicional, En: Conferencia en la Cátedra Latinoamericana "Julio Cortázar" (1: 26-28, octubre, 2007: Guadalajara, México): Universidad de Guadalajara. 16p.

VILLARRAGA SARMIENTO, Álvaro, Reclutamiento y Utilización de la Niñez en el Conflicto Armado Colombiano: Diagnósticos, políticas, medidas y procesos DDR, años 2000. En: CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. Desafíos para la reintegración, enfoques de género, edad y etnia Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica. 2013. p. 217-270.

YOUNG, Iris Marion, Responsabilidad por la Justicia. Madrid: Ediciones Morata S.L., y Fundación Paideia Galiza, 2011, 205 p.

NORMAS Y JURISPRUDENCIA CITADAS

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO PENAL. Ley 599 (Julio 24 del 2000) Por la cual se expide el Código Penal. Bogotá D.C., 2000.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-069/2016. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

ESTATUTO DE ROMA. Artículo 8.2 b, XXVI. Roma (17, julio, 1998) 128p.

Ley 975 de 2005

Ley 1448 de 2011

Ley 742 del 5 de junio de 2002

Sentencia C-578 del 30 de julio de 2002

Ley 418 de 1997

Ley 599 de 2000

Ley 890 de 2004

Ley de Víctimas y Restitución de Tierras de 2011

Marco Jurídico para la Paz del 2012

Ley 1424 de 2010

Convención sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de la OIT y la
Acción Inmediata para su Eliminación de 1999

Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño rela-
tivo a la participación de niños en los conflictos armados de 2000

Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño de 1990

Protocolos I y II de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra

Declaración Universal de Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de
Discriminación Racial

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumana-
nos o Degradantes

Convención sobre los Derechos del Niño

Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005, de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005, de la Asamblea General de Naciones Unidas

DELITO DE FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL: UN ESTUDIO DOGMÁTICO Y JURISPRUDENCIAL

CRIME OF FRAUD TO JUDICIAL RESOLUTION: A DOGMATIC AND JURISPRUDENTIAL STUDY

FRANCISCO BORRERO BROCHERO¹

Resumen

En este capítulo, se aborda el estudio dogmático del delito de Fraude a Resolución Judicial. En su estructura formal, inicia con una introducción al tema, poniendo de presente la importancia o relevancia, últimas tendencias político criminales reflejadas en las reformas introducidas a este tipo penal como una manera de reforzar la protección penal del bien jurídico objeto de protección penal. De ese modo, en su desarrollo se hará un particular estudio y análisis dogmático del tipo penal de fraude a resolución judicial, sus antecedentes, evolución legislativa y jurisprudencial, así como de los peculiares y novedosos criterios, la postura e igualmente las pautas interpretativas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia relacionada con la atipicidad del comportamiento cuando el objeto de sustracción al cumplimiento se sustenta en un auto o decisión de autoridad judicial que avala o aprueba un acuerdo conciliatorio entre las partes en litigio y de la aplicación de este tipo penal frente al incumplimiento o el hecho de sustraerse al cumplimiento de obligación impuesta en fallo de tutela.

Palabras clave: estudio dogmático, fraude a resolución judicial o administrativa de policía, antecedentes, evolución legislativa, tendencias político criminal.

¹ Abogado Especialista en Derecho Procesal. Magíster en Derecho Procesal. Diplomado en Sistema Penal Acusatorio de la Universidad Jorge Hurtado de Chile. Cursos de actualización en el Sistema Penal Acusatorio de la Universidad de Florida. Docente Universitario con 25 años de experiencia. Abogado litigante con más de 35 años en el ejercicio.

Abstract

This chapter deals with the dogmatic study of the crime of fraud to judicial resolution, in its formal structure the chapter will have an introduction to the subject, putting in mind the importance or relevance, latest criminal political trends reflected in the reforms introduced to this criminal type as a way to strengthen the criminal protection of the legal object subject to criminal protection, and in its development an interesting study and dogmatic analysis of the criminal type of fraud to judicial resolution, its antecedents and legislative and jurisprudential evolution will be made. As of the interesting and novel criteria, position or interpretive guidelines of the court criminal appeal room related to the atypical behavior when the object of subtraction to compliance is based on an order or decision of judicial authority that endorses or approves a conciliatory agreement between the parties in litigation and the application of this type of offense against the breach or the fact of evading the fulfillment of the obligation imposed in the writ of guardianship.

Keywords: dogmatic study, fraud to judicial or administrative resolution of police, antecedents, legislative evolution, criminal political tendencies.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal, desde su encarnación como derecho regulador de las conductas antijurídicas, ha positivado dentro de su esfera punitiva el actuar contrario a la ley que lesionan bienes jurídicos tutelados por el Estado. En la medida que las sociedades se actualizan conforme a las nuevas tendencias y expresiones sociales, se van incluyendo nuevos tipos penales que resultan igualmente contemporáneos.

Es por ello que el dinamismo del derecho lleva a la constante formación de juristas y adeptos del escenario jurídico, pues la incorporación de un delito en el sistema jurídico penal positivado de un Estado, representa la actividad y variables que una sociedad tiene, así como el caso de aquellas que alguna vez fueron actividades proscritas y que, por el mismo dinamismo social, fueron excluidas de la legislación penal. Claramente, esas variables dependen de la cultura propia y local.

No es ajeno a este caso, el delito que es materia de análisis: el Fraude a Resolución Judicial, que, si bien no es tan nuevo, se atribuye su intro-

ducción en la esfera penal en 1887 en el código italiano de Zanardelli, dicho en términos de Francisco Ferreira Delgado².

Se realizó un estudio dogmático del tipo penal de Fraude a Resolución Judicial que describe el artículo 454 de la legislación penal colombiana, con sus modificaciones más recientes, sus antecedentes, evolución legislativa y jurisprudencial.

En su desarrollo, se pondrá de presente la importancia o relevancia del tema en la actualidad, últimas tendencias político criminales reflejadas en las reformas introducidas a este tipo penal como manera de reforzar la protección penal del bien jurídico objeto de protección penal, y se hará un interesante estudio y análisis dogmático del tipo penal de fraude a resolución judicial.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

De acuerdo con Francisco José Ferreira Delgado³, se puede decir que los antecedentes históricos del delito de Fraude a Resolución Judicial por el hecho de sustraerse al cumplimiento de una obligación en ella impuesta, se remonta a la expedición y vigencia de los Códigos de Zanardelli y el de Rocco, donde se conoció la tipificación de varios comportamientos o conductas tendientes a obstaculizar la actividad judicial y el cumplimiento de las decisiones judiciales.

Por un lado, en términos de Ferreira, el Código de Zanardelli, en cuyo artículo 434 penalizaba o sancionaba solamente a quien se sustrajera del cumplimiento de sanciones administrativas, pero no a las judiciales.

2 FERREIRA DELGADO, Francisco. Delitos contra la eficaz y recta impartición de Justicia. Bogotá: Temis S.A. 2006. p 13

3 *Ibid.* p 14.

En el Código de Rocco, por su parte, en sus artículos 388 a 391 tipificó varios comportamientos referentes al incumplimiento de penas por delitos o contravenciones.

ESTUDIO Y ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE FRAUDE A RESOLUCION JUDICIAL

El capítulo octavo, del título XVI del Código Penal, artículos 453, 454, 454A, 454B y 454C, describe algunos tipos penales de peligro abstracto, bajo el epígrafe de “Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia” previendo que las conductas allí descritas constituyen una amenaza o situación de peligro contra ese importante bien jurídico que de manera específica se tutela en el referido título del código penal.

Se aborda el estudio y análisis dogmático del tipo penal de fraude a resolución judicial, descrito en el artículo 454 con sus modificaciones más recientes, sus antecedentes y evolución legislativa, y evolución jurisprudencial y últimas tendencias político criminales reflejadas en las reformas introducidas a este tipo penal como manera aparente de reforzar la protección penal del bien jurídico objeto de protección penal. Lo que sin duda pone de presente la importancia o relevancia del tema en la actualidad.

DESCRIPCIÓN LEGAL

El artículo 454 de la Ley 599 de 2000⁴, en su concepción originaria, es decir, antes de la reforma introducida por el artículo 47 de la Ley 1453 de 2011 disponía: “El que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial”.

4 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO PENAL. Ley 599 (julio 24 de 2000) Por la cual se expide el Código Penal. Bogotá D.C., 2000. Artículo 454: “El que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial o administrativa de policía, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

La modificación introducida por el precitado artículo de la precitada ley le hace un ajuste por adición al tipo penal objeto de estudio y análisis, en el sentido que adiciona también como objeto de la infracción la resolución administrativa de policía, como una manera de ampliar el espectro de criminalización del tipo penal, incluyendo, además de los incumplimientos dolosos, a las resoluciones de las autoridades de los jueces, y los incumplimientos del mismo carácter de las resoluciones administrativas de policía.

Por otra parte, el artículo 454, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, que a su vez fue modificado por artículo 47 de la Ley 1453 de 2011, se refiere al Fraude a Resolución Judicial o Administrativa de Policía como delito autónomo, el cual consagra: “El que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial o administrativa de policía...”⁵.

Este es un modelo de comportamiento típico que no tiene antecedentes inmediatos en la legislación penal colombiana, y es más bien tomada de la legislación Italiana; se conoce en nuestra legislación a partir de la vigencia del Código Penal de 1980, allí se tipificaba en su artículo 184⁶ y fue reproducido en los mismos términos en el artículo 454 del Código Penal vigente, Ley 599 de 2000, descripción legal originaria que se mantuvo hasta la reforma de la Ley 1453 de 2011. En el sentido que se amplía como objeto de infracción también la Resolución Administrativa de Policía, tal como se prevé con su modificación.

5 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1453 (24, junio, 2011). Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad

6 CÓDIGO PENAL. Op. cit. Artículo 184. Fraude a Resolución Judicial: “El que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial, incurrirá en arresto de seis (6) meses a cuatro (4) años y multa de dos mil a cien mil pesos.

Se puede decir, que de acuerdo con su actual descripción, el Fraude a Resolución Judicial o Administrativa de Policía consiste en sustraerse, evadir o eludir en forma fraudulenta, el cumplimiento de obligación impuesta por los jueces en sus decisiones judiciales o por las autoridades administrativas de policía.

Para Antonio José Martínez López, se trata de un delito común de peligro abstracto, cuya realización puede comprometer la efectividad de las resoluciones judiciales: "El fraude a resolución judicial consiste en eludir, en forma fraudulenta, el cumplimiento de obligaciones impuestas por los jueces en sus decisiones. Tales obligaciones pueden ser de carácter económico, en beneficio de tercero, que serían el perjudicado con el hecho, como también de orden familiar o de otra naturaleza"⁷, comentario realizado antes de la reforma.

Según la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal⁸, la conducta de fraude a resolución judicial emerge cuando el sujeto pasivo por cualquier medio se sustrae al cumplimiento de la obligación impuesta en la resolución judicial, es decir, que tal normativa se dirige a regular el obediencia que deben los particulares a las decisiones emitidas por los funcionarios judiciales al resolver los asuntos puestos a su consideración a través de un determinado procedimiento.

...todas las personas tienen el deber de acatar los fallos judiciales, materializándose así las garantías del acceso a la justicia y el restablecimiento del derecho, pues no tendría sentido que las órdenes impartidas quedaren expuestas a una simple expectativa en su cumplimiento⁹.

7 MARTINEZ LÓPEZ, Antonio José. Régimen penal de la función pública. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. 1998. p. 116

8 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Radicado: 41045 del 30 de abril del 2013. M.P.: Gustavo Enrique Malo Fernández.

9 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Radicado 12585 del 24 de septiembre del 2002. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla

Se tipifica la conducta de sustraerse al cumplimiento de una resolución judicial por resultar contraria al ordenamiento jurídico ya impide o imposibilita la efectividad de las resoluciones judiciales en cuanto reconocen o declaran derechos de personas naturales o jurídicas. El cumplimiento o efectividad de las decisiones judiciales forma parte de la tutela judicial efectiva. De nada servirá que se obtengan resoluciones favorables que luego se frustren porque el obligado se sustrae a su cumplimiento o elude la acción de la justicia¹⁰. Terminado este acápite, se procede a desarrollar lo pertinente al estudio analítico integral del tipo.

ESTUDIO ANALÍTICO DEL TIPO PENAL

Desarrollar el estudio analítico del tipo penal comprende o significa darnos a la tarea de estudiar de forma exegética, los elementos estructurales del tipo. Y ello tiene su transcendencia en la práctica para determinar si en el caso concreto se estructura, se da, o se presenta o no determinado delito, ya que dentro de los extremos de la pretensión punitiva del Estado, el primer aspecto a analizar es precisamente este, el de determinar la existencia material del delito o de una infracción de la ley penal, o la de determinar si los hechos revisten características de un delito.

Entonces, puede notarse que es como si se exigiera un presupuesto procesal para el ejercicio de la acción penal. Artículos 66, 79, 200 y 207, normas estas que por la importancia de su contenido suelen llamarla la Carta de Navegación del Funcionario Instructor, y precisamente se señala allí la obligación del funcionario instructor, la Fiscalía, de ejercer la acción penal por hechos que revistan características de un delito, si los hechos denunciados o puestos en conocimiento por

¹⁰ ARBOLEDA VALLEJO, Mario y Ruiz Salazar, José Armando. Manual de Derecho Penal Especial. Bogotá: Leyer. 2018. p. 125.

cualquiera de los distintos medios, a través de los cuales se ponen en conocimiento del funcionario judicial, no revisten esas características, no puede ejercer la acción penal, como primer fin determinar si se ha infringido la ley penal¹¹.

Lo expresado en el párrafo anterior, quiere decir con estas tres normas, que frente a semejantes exigencias el funcionario instructor tiene que ser muy cuidadoso y diligente, y entender que la Administración de Justicia también requiere de aprestigiamiento, para que se eleve su nivel de confianza entre los usuarios y ciudadanos en general, para así evitar la existencia de procesos penales que más bien se miran como temerarios e inútiles y que provocan el desprestigio a la Administración de justicia; es que, sin duda, el problema de la tipicidad es de trascendencia.

TIPLICIDAD-ESTRUCTURACIÓN

La adecuación típica, es el proceso lógico que la ley encomienda al funcionario judicial, y que consiste en la comparación del acto cumplido por el indiciado o imputado y que se dice punible, con la norma positiva penal, para encontrar si conforme con la evidencia o prueba, hay correspondencia entre ellos. Es esta la condición de tipicidad que exige el artículo 9 del Código Penal, cuando advierte que solo será punible el hecho típico antijurídico y culpable.

Y es que el problema de la tipicidad, es trascendental no es un asunto de poca importancia. Es si se quiere y más en un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro, un asunto de vital importancia, porque la tipicidad, también llamada por mucho autores "Principio de Tipicidad Inequivoca", se asienta en las funciones que

11 VÉLEZ OSORIO, Luis Gonzaga. Otra cara del sistema acusatorio colombiano: Menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. Medellín: Universidad de Antioquia. 2012. p. 175

cumple el tipo penal que son: de acuerdo con ese gran maestro insigne del derecho penal que tuvo nuestro país Alfonso Reyes Echandía¹², las siguientes:

- a. Función Fundamentadora o Delimitadora,
- b. Función Sistematizadora, y
- c. Función Garantizadora.

Para efectos de un mayor análisis explicativo, se desarrollan una por una. Luego entonces, se tiene:

Función Fundamentadora o Delimitadora: La reacción penal se funda de manera exclusiva y excluyente en los tipos penales. Formulada de manera negativa, puede afirmarse que el derecho penal no puede fundamentarse en nada distinto de los tipos penales, para iniciar su reacción.

Función Sistematizadora: Permite la organización, presentación y estudio, racional, lógico y coherente, de los comportamientos que el legislador ha decidido reprimir.

Función Garantizadora: Es la más trascendente de las funciones. Se puede decir que es la razón de ser de este principio. Es una garantía jurídico-política¹³.

El problema de la adecuación típica es, pues, de esencia del proceso penal. No obstante, es un asunto de lealtad, porque el Fiscal –que representa al Estado y su poder de criminalización –no puede interpretar el comportamiento del indiciado o imputado, acomodándolo caprichosamente a cualquier tipo penal, so pretexto de parapetarse para activar la justicia penal por cualquier comportamiento que llegue

¹² REYES ECHANDÍA, Alfonso. La tipicidad. Bogotá: Temis. 1978. p. 145.

¹³ *Ibid.* p. 146.

a su conocimiento, sin que la conducta cumplida por el sujeto agente no corresponda exactamente a los elementos estructurales del tipo penal o que los hechos denunciados son asimétricos con el tipo penal¹⁴.

ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL

El delito de Fraude a Resolución Judicial es un tipo penal que en relación con su estructura en la doctrina jurídico penal suele denominarse “en blanco” o de “reenvío” en razón de hacer remisión a otra legislación distinta a la penal, y se trata de un reenvío específico, situación que determina una labor eminentemente restrictiva; cualquier extensión que vaya más allá del supuesto normativo, sería contraria al principio de legalidad.

Alfonso Reyes Echandía, quien nuevamente se trae a colación por ser un gran maestro del derecho penal, y por efectuar con la claridad conceptual frente al tema, define el tipo penal en blanco o de reenvío de este modo:

Como aquellos cuya conducta no está integralmente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo o a otro ordenamiento jurídico para actualizarla o concretarla; mientras tal concreción no se efectúe, resulta imposible realizar el proceso de adecuación típica. Y aconsejaba”. Esta técnica legislativa para la elaboración de los tipos penales debe ser la menos usual o la menos frecuente por el riesgo que se corre de que su norma integradora no sea lo suficientemente clara, con eventual violación del principio de tipicidad inequívoca¹⁵.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 147.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 148

Bajo ese entendido, es apropiado acotar en los elementos estructurales de este delito, los cuales son los siguientes.

SUJETO ACTIVO

Autor, en términos de Reyes Echandía, solo puede ser la persona obligada por la respectiva resolución judicial que convierte dicho delito en especial propio y en este sentido se entienden las diferentes normas de autoría y participación¹⁶.

Se puede decir entonces que la norma exige un sujeto activo cualificado en forma guía, en la medida que el autor solo puede ser la persona respecto de quien se ha impuesto una obligación en respectiva resolución judicial o administrativa de policía, y que por esta razón como lo expresa el autor antes citado convierte dicho delito en especial propio. Además, normalmente tendría la calidad de parte en una actuación procesal jurisdiccional o administrativa de policía, escenario donde se ha proferido dicha resolución judicial o administrativa de policía.

Con relación a la cualificación del sujeto activo¹⁷, nuevamente en la voz del tratadista Alfonso Reyes Echandía¹⁸, sostuvo:

La cualificación en el sujeto activo puede ser natural, jurídica o profesional; la primera se relaciona con la edad, el sexo o cualquiera otra condición biopsíquica del sujeto o agente, como

16 MÉNDEZ DÍAZ, Ricardo Antonio. Del "*animus auctoris*" actuando a nombre de otro. En: Revista JURIS. Vol.; 6. No 12 (Oct. 2009-Mar. 2010) 2010; p. 37.

17 La cualificación jurídica se refiere a una condición personal con relevancia jurídica inmediata; como la de ser servidor público (en el delito de peculado, (artículo 397) Concusión, (404), Tener la calidad de parte, ser el sujeto destinatario de la obligación impuesta en cualquiera de esas decisiones objeto de sustracción o incumplimiento.

La cualificación profesional se refiere a la actividad profesional que debe desarrollar el sujeto activo, como por ejemplo la condición de abogado tal como sucede en el delito de Infidelidad de los Deberes Profesionales, (artículo 445) para representar a una persona en una actuación judicial.

18 REYES ECHANDÍA. Op. cit. p. 151.

en el caso del artículo 103 C.P. (muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentido), en cuanto solo puede ser cometido por mujer embarazada. De igual manera, el artículo 128 del C.P¹⁹, referido con el abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentido, solo puede ser cometido por mujer que haya dado a luz a una criatura producto de un embarazo en cualquiera de esas circunstancias²⁰.

Ahora, atendiendo el número de sujetos o agentes que se requiere para la realización de la conducta típica se puede decir que se está en presencia de un tipo penal monosubjetivo por describir una conducta que eventualmente será realizable por una sola persona, o, como se le llama en el derecho penal, un agente.

Con respecto a los Ingredientes Normativos del tipo penal del Fraude a Resolución Judicial, se puede decir que lo constituyen los conceptos de resolución judicial o administrativa de policía. El Verbo Rector es "sustraer", cuando en la redacción típica de la conducta penal se refiere a "El que por cualquier medio se sustraiga".

De conformidad con el análisis del tipo, es preciso agregar que se trata de un tipo penal abierto o escueto desde el punto de vista de su estructura, cuando en la descripción del tipo hace referencia a que: "el que por cualquier medio", lo que quiere decir que no es un tipo penal circunstanciado o cerrado por no indicar unas circunstancias específicas de cómo debe actuar el sujeto agente.

19 CÓDIGO PENAL. Op. cit. Descripción típica del artículo 128: La madre que dentro de los ocho (8) días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

20 REYES ECHANDÍA. Op. cit, p. 152.

Lo asociado con este tipo penal, La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal y más específicamente con lo relacionado a la estructuración de este tipo penal de Fraude a Resolución Judicial, ha sostenido:

El artículo 454 de la Ley 599 de 2000, punen a quien “por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial.

...Tal normativa se dirige a regular el obediencia que deben los particulares a las decisiones emitidas por los funcionarios judiciales al resolver los asuntos puestos a su consideración a través de un determinado procedimiento.

..., todas las personas tienen el deber de acatar los fallos judiciales, materializándose así las garantías del acceso a la justicia y el restablecimiento del derecho, pues no tendría sentido que las órdenes impartidas quedaren expuestas a una simple expectativa en su cumplimiento²¹.

Solamente, la demostración fehaciente de la imposibilidad material o jurídica de hacerlo, podría impedir que se llevara a cabo el mandato establecido por el legislador. De manera que cuando la negativa obedece a cualquier tipo de artificios, argucias, mentiras, engaños, etc., se desacata una orden legítima que se está obligado a cumplir y por ello el comportamiento se debe reprimir penalmente y, mientras subsista la posibilidad de hacerlo, se permanece en la conducta punible hasta cuando se cumpla lo dispuesto, o desaparezca la obligación jurídica de efectuarlo, o se haga materialmente imposible el cumplimiento.

21 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 12585 del 24 de septiembre de 2002. *Ibíd.*, p. 13

Sigue sosteniendo la Corte la voz del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla:

Podría decirse que cuando la norma alude a “cualquier medio”, en principio el simple incumplimiento de la obligación impuesta en la resolución judicial conduciría a predicar la tipicidad del hecho. Ello, empero, asoma equivocado, pues, aunque el tipo examinado no alude a conducta alguna que acompañe ese incumplimiento, la verdad es que la nominación del mismo sí demanda de una particular conducta que es menester acompañe el incumplimiento, la cual, conforme se rotula en el “*nomen iuris*”, deviene necesariamente fraudulenta.

Considera la sala que el sentido de la definición penal de un tal comportamiento, no reposa apenas en el incumplimiento de lo decidido por el funcionario, sino en lo fraudulento del medio utilizado para oponerse a ella.²²

Por otro lado, al hacerse la revisión doctrinal y jurisprudencial en Colombia, se encuentra que de acuerdo al tratadista de Derecho Penal Fernando Velásquez y a la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, en lo relacionado con la estructuración del referido delito, señaló que se trataba de un tipo penal de Omisión Propia²³;

22 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Ibid.*, Radicado 12585 del 24 de septiembre del 2002, p. 14

23 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal Parte General*. Bogotá: Librería Jurídica Comlibros. 2011. p. 660. “En primer lugar existe un grupo de disposiciones en las que se sanciona la infracción de un deber de actuar seguido quizá de un resultado; son los llamados tipos de omisión propia o pura, así denominados por su consagración expresa en la ley. Por ejemplo, son de resultado los vertidos en los dos incisos del artículo 130 –lesión o la muerte– no el abandono-; en cambio no exigen resultados, los que aparecen en los artículos 127, 128, 131, 152, 161, 219b, 233 en armonía con la Ley 1181 de 2007, 325, 402, 417, 441, en concordancia con el artículo 18 de la Ley 21 de 2006 - , y 454. En segundo lugar se encuentran casos en que se penaliza una misma disposición legal tanto una acción generadora de resultado como la omisión de evitarlo, y se le da origen a una figura mixta –en realidad una modalidad de omisión propia–: tipos de comisión y de omisión propia, que contienen tanto una prohibición como un mandato como sucede en los supuestos de hechos de los artículos 110, inc. 1º, número 2, (comisión imprudente más omisión propia dolosa); 153; 168 a 171, en armonía con los artículos 1º a 4º de la Ley 733 de 2002; 177; 196; 202; 234, en concordancia con el artículo 233 en su nueva redacción; 292; 293; 318, par.; 396; 414; 415; 424; 442, 443 y 454b – introducido por la Ley 890 de 2004 - C.P...”

y que por consiguiente, se debe cumplir frente a los siguientes elementos:

1. AUSENCIA DE LA ACCIÓN ESPERADA: que debe entenderse como “una conducta que, desde una perspectiva, ex ante, se estima objetivamente apropiada – más aún, necesaria para la evitación del resultado lesivo, del bien jurídico, mediante una prestación positiva”. En el caso del fraude a resolución judicial se exige la ausencia del cumplimiento de la obligación impuesta en la resolución judicial o administración de policía. Naturalmente, esta obligación debe conocerse por el sujeto activo del delito.

2. LA CAPACIDAD INDIVIDUAL DE ACCIÓN: Para que se configure un delito es necesario que se presente la capacidad de acción del sujeto activo, que se entiende como la posibilidad de que alguien que tiene que pensar en plena posesión de todos los conocimientos y capacidades del hombre medio pueda llevar a cabo la acción ordenada, aquí existen múltiples casos en los cuales el sujeto no puede llegar a cumplir con la resolución judicial como sucede por ejemplo, cuando no tiene dinero para hacerlo, o en el caso de accionantes de tutelas sobre entidades públicas cuando estas no tengan la capacidad de cumplir con la orden del juez de tutela, lo cual tiene que ser valorado en el caso en concreto.

3. DEBER DE ACCIÓN: Exige el supuesto de hecho del que se deriva el contenido concreto del correspondiente deber de acción; es decir la configuración de todos los elementos típicos salvo la acción la cual será equiparada a la omisión imputada de acuerdo con los demás elementos.

4. EMINENTEMENTE DOLOSO: Por último, el delito de fraude a resolución judicial es eminentemente doloso, por lo cual exige

el conocimiento y la voluntad de no cumplir con la resolución judicial²⁴.

Dejando claro estos elementos, es absolutamente necesario estudiar lo respectivo a la potestad punitiva penal de la resolución judicial; a la resolución administrativa y su potestad sancionatoria; y a establecer las diferencias entre una y otra potestad, a la luz de aportes jurisprudenciales.

LA RESOLUCIÓN JUDICIAL Y LA POTESTAD PUNITIVA PENAL FRENTE A LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA Y SUPOSTESTAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA

Es oportuno resaltar que en líneas precedentes se había señalado que el artículo 454 de la Ley 599 de 2000, en su concepción originaria, es decir antes de la reforma introducida por el artículo 47 de la ley 1453 de 2011 disponía: “El que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial”. Del mismo modo, se agrega que con la reforma introducida por el precitado artículo de la precitada ley le hace una reforma por adición al tipo penal objeto de estudio y análisis, en el sentido que adiciona también como objeto de la infracción la resolución administrativa de policía. Quedando así su actual redacción: “Artículo 454. Fraude a resolución judicial o administrativa de policía. El que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial o administrativa de policía”.

La precitada Ley 1453 de 2011 se conoce como “Ley de Seguridad Ciudadana”, podría inferirse por su sola denominación que fue inspirada en una filosofía de política criminal represiva²⁵ y aquí se

24 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, rad. 40.006 del 10 de octubre de 2012. M.P.: José Luis Barceló Camacho.

25 NÚÑEZ DE LEÓN, Carlos Andrés. Delimitación de la Responsabilidad del delegante a través del principio de confianza. Facultad de Jurisprudencia. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. 2011. p. 34.

refleja al extender la represión punitiva también a la sustracción del cumplimiento de obligaciones impuestas en una resolución administrativa de policía.

Sin temor a que haya lugar a equivocación alguna, se puede decir que esta reforma del precitado artículo 454 del C.P., estuvo motivada básicamente por la necesidad o el deseo de cobijar también o buscar la protección penal de las obligaciones impuestas en Resolución administrativa que impone sanción de suspensión de la licencia de conducción, ya que se habían dado unos intentos de judicializar por ese delito de Fraude a Resolución Judicial a conductores de vehículos que habían sido sorprendidos conduciendo vehículos, no obstante de conocer que pesaba en su contra una sanción de suspensión de la licencia de conducción impuesta en Resolución Administrativa de Policía, que había resultados frustrados.

De conformidad con el análisis jurisprudencial, la Corte Constitucional en la Sentencia C-1081 de 2002 hizo las siguientes precisiones con relación a la diferencia cualitativa existente entre “La potestad sancionadora administrativa y la potestad punitiva penal”:

Se diferencia cualitativamente y por sus fines: “La potestad sancionadora administrativa se diferencia cualitativamente y por sus fines de la potestad punitiva penal: “en esta se protege el orden social colectivo, y su aplicación persigue esencialmente (sin perjuicio de la concurrencia de otros fines difusos) un fin retributivo abstracto, expiatorio, eventualmente correctivo o resocializador, en la persona del delincuente. La potestad sancionadora de la administración sería, por el contrario, una potestad doméstica, en el sentido de abarcar a la propia protección más que a otros fines sociales generales, con efecto solo de quienes están directamente en relación con su organización y funcionamiento y no contra los ciudadanos en abstracto.

Refiere, igualmente, el pronunciamiento, que el poder estatal radicado en cabeza de la Administración, el cual se manifiesta en una serie de competencia o potestades específicas, bien sea de mando, ejecutivas o de gestión, reglamentaria o jurisdiccional, también contempla la potestad administrativa sancionadora, considerándose esta última como una expresión del poder de policía "en cuya virtud el Estado tiene la atribución de regular el ejercicio de las libertades individuales con el fin de garantizar el orden público. La sanción viene a ser el instrumento coercitivo para hacer cumplir la medida de policía²⁶.

Es decir, que la potestad sancionadora de la Administración, es indudablemente administrativa y, difiere sustancialmente a la asignada al funcionario judicial para imponer una pena con ocasión de la comisión de un delito.

En ese orden de ideas, para concluir, tratándose de un hecho fáctico, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en su Sala Penal, en sede de segunda instancia, revocó la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Conocimiento de Descongestión contra Nelson Hernán Delgado Fuentes, por el delito de fraude a resolución judicial, que habían sido sorprendido conduciendo vehículos, no obstante de conocer que pesaba en su contra una sanción de suspensión de la licencia de conducción impuesta en Resolución administrativa de policía, al considerar que se estaba en presencia de una conducta atípica²⁷.

Dejado claro este tema, seguidamente se tratará la temática del Fraude a Resolución Judicial, respecto al incumplimiento de los

26 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1081 de 2002 Pdte.: Luis Eduardo Montealegre Lynett

27 TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Penal. acta No. 0116 de fecha 10 de noviembre de dos mil nueve (2009) M. P.: María Consuelo Rincón Jaramillo.

acuerdos conciliatorios, y verificar si este procede o no, conforme a la ley y al cumplimiento de los mismos.

DEL DELITO DE FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL FRENTE AL INCUMPLIMIENTO DE LOS ACUERDOS CONCILIATORIOS

En este apartado, es importante cuestionarse si se estructura el delito de Fraude a Resolución Judicial frente al incumplimiento de acuerdo conciliatorio.

Para resolver este interrogante es preciso tener claro el concepto o noción de conciliación, analizar los alcances del inciso 4 del artículo 116 de la Constitución Política y algunas decisiones judiciales en el ámbito de la justicia penal.

DEFINICIÓN O CONCEPTO DE CONCILIACIÓN

La ley 446 de 1998 define la conciliación como “un mecanismo de solución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”²⁸.

La conciliación obedece al mecanismo de autocomposición del litigio querido y escogido por las partes en conflicto.

De conformidad con inciso 4 del artículo 116 de la Constitución Política²⁹, los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores, dando a entender que el conciliador administra justicia.

²⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Colombia. Ley 446 de 1998.

²⁹ “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

Incurre el Constituyente en una gran imprecisión al referirse que el conciliador administra justicia. Ya que en la conciliación no existe decisión judicial sobre el asunto puesto a consideración, pues son los mismos particulares involucrados en el conflicto, quienes en aquellos casos permitidos por la ley prescinden de la decisión judicial para conciliar de forma prematura sus diferencias de forma voluntaria y mediante un acuerdo en el cual generalmente ambas partes ceden en sus pretensiones, lo que quiere decir que el conciliador no decide, no reconoce o declara derecho.

Como lo ha puntualizado la Corte Suprema de Justicia:

...extender el término “resolución judicial” al acuerdo conciliatorio logrado entre las partes sería tanto como vulnerar el reenvío específico de la norma con clara lesión al principio de legalidad que debe ser rigurosamente resguardado por los operadores judiciales en todos los casos y más cuando se trata de las denominadas normas penales en blanco o de reenvío³⁰.

En ese sentido, para efectos de conocer el precedente sobre el particular, a continuación es apropiado transcribir la argumentación de la sala penal de un tribunal superior al desatar un recurso de apelación contra una sentencia condenatoria.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo³¹, para sustentar su postura de atipicidad, en una sentencia de segunda instancia mediante la cual resolvió un recurso de apelación contra una sentencia condenatoria proferida en primera instancia por el Juzgado

30 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de julio de 2017. Radicado 44970. M.P.: Patricia Salazar Cuéllar.

31 TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SINCELEJO. Sala Penal. Sentencia Segunda instancia del 31 de marzo de 2010.

Primero Penal del Circuito de esa ciudad el 29 de junio de 2010, el cual sostuvo:

No hay duda entonces que cuando el juez aprobó la conciliación, emitió un auto que es resolución judicial, sin embargo, para la tipificación del delito de fraude a resolución judicial, no basta que el juez emita una resolución judicial, es necesario además, según se infiere de la norma transcrita, que en ella se imponga una obligación para las partes o a una de ellas, para que incumpléndola injustificadamente, incurra en violación del precepto penal en comento, pues no es propio de un estado social de derecho como es Colombia, que el cumplimiento de las decisiones judiciales quede al arbitrio de los ciudadanos destinatarios de ellas, porque ello comportaría inseguridad jurídica que pondría en peligro el principio de autoridad en que se funda la estabilidad de la Nación, de ahí que en el Art. 4 de la Carta Magna se establezca como principio fundamental el deber de los nacionales y extranjeros de respetar y obedecer a las autoridades.

Lo anterior pone de manifiesto el interés del operador judicial por conservar el respeto por la ley penal, pero deja claro que la sola resolución judicial no es suficiente para incurrir en el tipo penal de estudio, sino que, dentro de la misma, es necesario que el juez, con las facultades conferidas por la Constitución y la Ley, imponga una obligación a una de las partes, que, en el momento de su incumplimiento, se incurre formalmente en la comisión del delito de Fraude a Resolución Judicial. Por ello, la Corte sigue advirtiendo en la sentencia:

Como no en toda resolución judicial los jueces imponen obligaciones, importante para la configuración de este ilícito era determinar si cuando la juez de familia aprobó la conciliación a la que llegó la pareja en conflicto, impuso o no obligaciones a estos y básicamente a Vivian Bárcenas Bárcenas, acusada por este delito.

La conciliación, dice el artículo 64 de la Ley 446 de 1998, es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias. Luego cuando a este mecanismo acuden los interesados para conciliar sus divergencias, y lo hacen, es obvio que el juez no interviene en la solución del problema, por ende, no toma decisiones frente al mismo, y si ninguna determinación tomó o dictó la Juez de Familia para la solución de las discrepancias presentadas entre Gustavo Lyons y Vivian Bárcenas, es lógico concluir, que al aprobar la conciliación a la que estos llegaron para poner fin a sus conflictos, si bien lo hizo a través de un auto –resolución judicial–, no impuso obligaciones a la pareja, pues las asumidas no fueron en razón a una orden judicial sino en virtud de la voluntad libre y consciente de los implicados que así lo acordaron.

En esas condiciones, es claro que la intervención de la Juez de Familia al aprobar el acuerdo al cual llegó la pareja frente a sus obligaciones para con sus emisores hijas como con acierto lo alega la defensa y lo comparte el Ministerio Público, no estuvo orientada a imponer cargas a la aquí acusada señora Vivian Bárcenas Bárcenas, sino a controlar la legalidad del acto según obligación que le impone el Art. 43 de la Ley 640 de 2001, al establecer que si las partes llegan a un acuerdo el juez lo aprobará, si lo encuentra conforme a la ley. Luego la intervención del funcionario judicial en el acto de la conciliación ocurre para verificar el cumplimiento de la ley dado que no todo evento es susceptible de conciliación, y no para imponer obligaciones a las partes.

Es interesante cómo el juez reconoce que bajo la ley la conciliación es un Método Alternativo de Solución de Conflictos, y a su vez es un acuerdo donde libre y voluntariamente las partes acuden a un tercero para que resuelva o dirima dicho conflicto. Sobre el acuerdo en el

caso concreto, el Juez de Familia aprueba el acuerdo logrado con la pareja respecto a las obligaciones con sus hijas, pero esta no se orientó a la imposición de cargas a la acusada, sino a establecer una intervención de dicho acto. La sentencia continúa y expresa:

En el proveído que la juez de familia aprobó el convenio suscrito entre la acusada y su cónyuge, no se observa que haya impuesto obligaciones a los mencionados consortes, estas fueron asumidas voluntariamente por ellos, lo cual se constata en el acta al decir la funcionaria judicial lo siguiente: “teniendo en cuenta lo solicitado por las partes en este asunto”, y seguidamente entra a impartir aprobación al acuerdo al que llegaron estos. Por manera que si el mismo resulta desatendido por uno de los obligados, se estará frente al incumplimiento de un acuerdo de conciliación y no frente al incumplimiento de una resolución judicial. La vía entonces para hacerlo cumplir no es el ejercicio intimidatorio de la acción penal al cual acuden injustos ciudadanos para doblegar la voluntad de su contrincante sino el ejercicio sano de la acción civil.

Al no conocerse la existencia de una obligación impuesta en la decisión judicial –auto proferido por el juez al momento de aprobar el acuerdo sometido a su consideración por los señores Lyons y Bárcena, y verificar que el origen de la imputación por este delito, fue el incumplimiento de un acuerdo suscrito entre las mencionadas personas y no de una obligación impuesta por autoridad judicial, la conducta deviene en atípica, pues no se está en presencia del ilícito enrostrado –Fraude a resolución judicial–. La absolución viene entonces a ser la consecuencia lógica de la declaratoria de atipicidad de la conducta.

De acuerdo a lo consignado en la referida providencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, se concluye que no se estructura el delito de Fraude a

Resolución Judicial cuando se sustrae al cumplimiento de obligaciones impuestas o contraídas en un acuerdo conciliatorio, pues el Tribunal no equipara el acuerdo conciliatorio a la decisión judicial, lo que responde al interrogante anteriormente planteado.

Siguiendo este estudio, es preciso penetrar en las diferencias y aspectos en común que tiene el delito de Fraude a Resolución Judicial y el Fraude Procesal.

DIFERENCIAS Y ASPECTOS COMUNES ENTRE EL DELITO DE FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL Y FRAUDE PROCESAL

La Corte Suprema de Justicia, ha precisado algunas diferencias entre estos dos tipos penales, en cuyos términos se cita:

El fraude a resolución judicial consiste en la evasión del cumplimiento de una resolución judicial o resolución administrativa de policía (por la fuerza, la intimidación, el engaño etc.). En él no se busca deformar la verdad sino escapar a sus consecuencias. Por ello la sanción es más benigna. En el fraude procesal, en cambio, se busca alterar la decisión, haciendo caer en error a la administración de justicia. Se ve más comprometida la eficacia de la administración de justicia". El fraude procesal es más cuestión de deslealtad o falta de juego limpio en que puede incurrir una de las partes tratándose de actuación judicial o la parte interesada tratándose de actuación administrativa. En él se ve más comprometido la recta impartición de justicia"³².

Presentan como aspectos comunes que en ambos se busca tutelar o proteger penalmente la eficacia y recta impartición de justicia. Ambos requieren del escenario de un proceso jurisdiccional o actuación

³² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 28 de junio de 1994. Rad. 8539. M.P.: Jorge Enrique Valencia Martínez.

administrativa, con la salvedad que en el fraude a resolución judicial está limitada solo a resolución administrativa de policía.

Ambos tipos penales desde el punto de vista de su contenido, son tipos penales abiertos o escuetos, dada la fórmula utilizada por el legislador, "el que por cualquier medio". Lo que quiere decir, que no son tipos penal circunstanciado o cerrado por no indicar unas circunstancias específicas de cómo debe actuar el sujeto agente.

Para Hernando Barreto Ardila, "el fraude a resolución judicial puede concursar aparentemente con otros comportamientos como el Alzamiento de Bienes (Art. 253) o la inasistencia alimentaria (Art. 233), en otros, situaciones en las que corresponde verificar la procedencia de alguna de las soluciones propuestas por la doctrina y la jurisprudencia, en particular, el principio de especialidad para obviar el quebranto *non bis in ídem*"³³.

LA APLICACIÓN DEL TIPO PENAL DE FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL POR INCUMPLIMIENTO A FALLOS DE TUTELA

Como mecanismos legales para proteger o garantizar el cumplimiento de la orden u obligación impuesta en un fallo de tutela, se prevén en el artículo 52³⁴ del decreto reglamentario 2591 de 1991 la figura del desacato, que se promueve por las vías del trámite incidental dentro de la misma actuación procedimental de la acción de tutela, y en el 53³⁵, que trata sobre las sanciones penales por incumplimiento del fallo.

33 BARRERA ARDILA, Hernando. Lecciones de derecho penal, parte especial. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2006. p. 39.

34 CÓDIGO PENAL, *Ibíd.* Artículo 52. Desacato. "La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar".

35 CÓDIGO PENAL, *Ibíd.* Artículo 53. Sanciones penales. El que incumpla el fallo de tutela o el juez que incumpla las funciones que le son propias de conformidad con este decreto incurrirá, según el caso, en fraude a resolución judicial, prevaricato por omisión o en las

Mecanismos protectores que se proyectan desde el artículo 27 del precitado decreto para garantizar la eficacia de la acción de tutela y el cumplimiento de los efectos del fallo.

En el precitado artículo 53 se reitera la aplicabilidad de la norma penal que incrimina el Fraude a Resolución Judicial para aquellos eventos en que el sujeto obligado se sustraiga al cumplimiento de la obligación impuesta en un fallo de tutela.

La sanción por desacato, es concurrente con la sanción penal por Fraude a Resolución Judicial. Por lo que surge para el juez que conoce de la tutela la obligación en estos eventos, la compulsas de copias a la Fiscalía para la respectiva investigación penal, independientemente del trámite incidental por desacato. Así lo hizo ver la Corte Constitucional en fallo proferido en juicio de inconstitucionalidad³⁶ “independientemente de la responsabilidad penal derivada de la tipificación de conductas delictuales como el Fraude a Resolución Judicial que mencionan el artículo 53, el incumplimiento del fallo también da lugar a que se configure el desacato.

Para Manuel Camilo Ortiz Hernández³⁷, el procesamiento penal por el delito Fraude a Resolución Judicial resulta como una consecuencia posible del desacato a la orden contenida en un fallo de tutela y que ha sido una tendencia la aplicación del tipo penal de fraude a resolución judicial por incumplimientos a fallos de tutela sobre manera especial en materia de servicios de salud.

sanciones penales a que hubiere lugar. También incurrirá en la responsabilidad penal a que hubiere lugar quien repita la acción o la omisión que motivó la tutela concedida mediante fallo ejecutoriado en proceso en el cual hubiera sido parte.

36 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-367 de 2014. M. Pte.: Luis Ernesto Vargas Silva.

37 ORTÍZ HERNÁNDEZ, Manuel Camilo. Del delito del fraude a resolución judicial en los fallos de tutela por servicios de salud. En: Universidad Militar Nueva Granada. 12-Dic. 2017. p. 56-66

Para Martínez López³⁸, cuando un fallo de tutela imponga a un particular, una obligación de hacer u omitir algo, su incumplimiento constituye fraude a resolución judicial. Y concluye que el artículo, 53, del precitado decreto es redundante, en cuanto hace referencia a disposiciones penales aplicables, ya que se entiende, en los términos del artículo que sanciona la conducta de fraude procesal, que toda sustracción fraudulenta al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial, realiza el tipo penal mencionado.

Como producto de la polémica que ha generado la problemática del incumplimiento casi que sistemático de los fallos de tutela –específicamente en los servicios de salud–, por iniciativa de algunos Representantes a la Cámara, se presentó el 17 de agosto de 2016 un proyecto de ley, el cual fue correspondido en la cámara el número 107 de 2016 cuyo texto fue publicado en la Gaceta del Congreso número 631 de 2016, del 19 de agosto del mismo año³⁹, que tiene por objeto modificar el artículo 454 del Código Penal colombiano, en el que se establece la conducta punible de Fraude a Resolución Judicial⁴⁰.

Son tres las modificaciones que se ponen a consideración del debate democrático en el Congreso de la República. En primer lugar, se suprime la expresión “o administrativa de policía” que había sido incorporada en el inciso primero por la reforma de la Ley 1453 de 2011, como una manera de ampliar el espectro de criminalización del tipo penal, incluyendo, además de los incumplimientos dolosos a las

38 MARTINEZ LOPEZ, Antonio José, Régimen penal de la función pública. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. 1998. p. 39

39 Gaceta del Congreso número 631 de 2016, del 19 de agosto de 2016.

40 CODIGO PENAL. Op. cit. Artículo 454. Fraude a Resolución Judicial: El que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes

resoluciones de las autoridades de los jueces, y los incumplimientos del mismo carácter de las resoluciones administrativas de policía⁴¹.

En segundo lugar, se crea una nueva hipótesis delictiva, como modalidad agravada del tipo básico, a través de la cual se propone un aumento punitivo para los casos de incumplimiento de fallos de tutela que proteja el derecho a la salud.

Por último, como tercer elemento, se incorpora un párrafo en el que se establece una consecuencia disciplinaria por la comisión delictiva, de tal modo que se propone considerar la infracción penal como una falta gravísima de un servidor público.

Los autores de la referida iniciativa o propuesta legislativa consideran que existe un déficit en la reacción punitiva estatal sobre el cual hay que realizar una intervención legislativa, que se traduce, en concreto, en la creación de una modalidad agravada de fraude a resolución judicial a partir de lo dicho por la honorable Corte Constitucional, en algunos precedentes.

Para concluir este apartado, el Proyecto de Ley respecto del cual el Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal⁴² realizó la discusión, a partir del texto publicado en la Gaceta del Congreso N° 631 de 2016 del 19 de agosto del mismo año. Organismo que emitió concepto desfavorable por considerarlo inconveniente en la medida que la creación de un nuevo tipo penal con un aumento punitivo no tiene una conexión real y suficiente para lograr una mayor observación de las decisiones judiciales que protegen el derecho a la salud y por considerar que las criminalizaciones existentes resultan suficientes para

41 De acuerdo con la exposición de motivos del proyecto, estas modificaciones se justifican en la medida en que el derecho a la salud se ve comprometido de manera constante por el incumplimiento de los fallos de tutela y la difícil crisis del sistema de salud en Colombia.

42 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA Gaceta del Congreso N° 631 de 2016 del 19 de agosto de 2016

la persecución penal de las inobservancias de este tipo de órdenes judiciales. Y que del mismo modo, la propuesta de nuevo tipo penal puede generar incoherencias en el sistema penal, en especial en el tema de concurso de conductas punibles y la prohibición de doble valoración.

Pese a la iniciativa parlamentaria en Colombia sobre la materia, finalmente el Proyecto de Ley fue archivado en segundo debate, en virtud del concepto emitido por el Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal.

CONCLUSIÓN

A manera de conclusión, se puede decir, que el estudio dogmático del delito de Fraude a Resolución Judicial, adquiere una gran importancia o relevancia, por sus últimas tendencias político criminales, reflejadas en las reformas introducidas a este tipo penal con el artículo 47 de la Ley 1453 de 2011, como manera de reforzar la protección penal del bien jurídico objeto de protección penal, que de manera genérica es "la eficaz y recta impartición de justicia".

En el sentido que con la referida reforma se amplía como objeto de infracción también la Resolución Administrativa de Policía, tal como se prevé con su modificación, y para conocer con mayor profundidad, sus antecedentes, evolución legislativa y jurisprudencial.

Se puede decir, que de acuerdo con su actual descripción, el Fraude a Resolución Judicial o Administrativa de Policía, consiste en no solo sustraerse evadir o eludir en forma fraudulenta, el cumplimiento de obligación impuesta por los jueces en sus decisiones judiciales, sino también en sustraerse, evadir o eludir en forma fraudulenta, una obligación impuesta por las Autoridades Administrativas de Policía en Resoluciones Administrativas de Policía.

Además de conocer los interesantes y novedosos criterios, postura o las pautas interpretativas de la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y de las Salas de Decisión Penal de algunos Tribunales Superiores de Distrito Judicial relacionada con la atipicidad del comportamiento, cuando el objeto de sustracción al cumplimiento se sustenta en un auto o decisión de autoridad judicial que avala o aprueba un acuerdo conciliatorio entre las partes en litigio.

También, que la sanción por desacato, derivada del incumplimiento de una acción de tutela es concurrente con la sanción penal por Fraude a Resolución Judicial. Por lo que surge para el juez que conoce de la tutela la obligación en estos eventos, le compulsa copias a la Fiscalía para la respectiva investigación penal, independientemente del de trámite incidental por desacato.

Con la iniciativa propuesta en el proyecto de ley presentado a la Cámara de Representante por algunos representantes a la Cámara en el año 2016 que le correspondió el número 107, texto publicado en la Gaceta del Congreso N° 631 de 2016 del 19 de agosto del mismo año, se refleja o manifiesta la preocupación del legislador ordinario de reforzar la tutela judicial efectiva de los fallos de tutelas específicamente en servicios de salud.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARBOLEDA VALLEJO, Mario y RUIZ SALAZAR, José Armando. Manual de Derecho Penal Especial. Bogotá: Décimo quinta edición: Leyer. 2018. 1426 p.

BARRERA ARDILA, Hernando. Lecciones de derecho penal, parte especial. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2006. 334 p.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso N° 631 de 2016 del 19 de agosto de 2016.

FERREIRA DELGADO, Francisco José. Delitos contra la Administración de Justicia. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2006. 1984 p.

MARTINEZ LÓPEZ, Antonio José, Régimen penal de la función pública. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. 1998. 132 p.

MÉNDEZ DÍAZ, Ricardo Antonio. Del "*animus auctoris*" actuando a nombre de otro. En: Revista JURIS. Vol.; 6. No 12 (Oct. 2009-Mar. 2010) 2010; p. 36-46.

NÚÑEZ DE LEÓN, Carlos Andrés. Delimitación de la Responsabilidad del delegante a través del principio de confianza. Facultad de Jurisprudencia. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. 2011. 186 p.

ORTÍZ HERNÁNDEZ, Manuel Camilo. Del delito del fraude a resolución judicial en los fallos de tutela por servicios de salud. En: Universidad Militar Nueva Granada. 12-Dic. 2017. 66 p.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. La tipicidad. Bogotá: Temis. 1978. 321p.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal Parte General. Bogotá: Librería Jurídica Comlibros. 2011. 955 p.

VÉLEZ OSORIO, Luis Gonzaga. Otra cara del sistema acusatorio colombiano: Menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. Medellín: Universidad de Antioquia. 2012. 212 p.

NORMAS CITADAS

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO PENAL. Ley 599 (julio 24 de 2000) Por la cual se expide el Código Penal. Bogotá D.C., 2000.

JURISPRUDENCIA CITADA

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1081 de 2002
Pdte.: Luis Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-367 de 2014.
M. Pte.: Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal.
Radicado: 41045 del 30 de abril de 2013. M.P.: Gustavo Enrique
Malo Fernández.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal.
Sentencia de 28 de junio de 1994. Rad. 8539. M.P.: Jorge Enrique
Valencia Martínez.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,
rad. 40.006 del 10 de octubre de 2012. M.P.: José Luis Barceló
Camacho

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal.
Radicado 12585 del 24 de septiembre de 2002. M.P.: Nilson
Pinilla Pinilla.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Colombia. Sala de Casación Penal.
Sentencia del 24 de julio de 2017. Radicado 44970. M.P.: Patricia
Salazar Cuéllar.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala
Penal. Acta No. 0116 de fecha 10 de noviembre de dos mil
nueve (2009) M. P.: María Consuelo Rincón Jaramillo.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SINCELEJO. Sala
Penal. Sentencia de segunda instancia del 31 de marzo de 2010.

FEMINICIDIO COMO TIPO PENAL AUTÓNOMO: UN DEBATE PENDIENTE EN LA GARANTÍA DEL DERECHO DE LAS MUJERES A VIVIR Y MORIR LIBRES DE VIOLENCIAS POR CONDICIÓN DE GÉNERO

FEMINICIDE AS AN AUTONOMOUS CRIMINAL TYPE: A PENDING DEBATE IN THE GUARANTEE OF THE RIGHT OF WOMEN TO LIVE AND DIE FREE OF VIOLENCE BY GENDER CONDITION

MARINA E. LÓPEZ SEPÚLVEDA¹

KATHERINE PACHECO LÓPEZ²

-
- 1 Abogada. Doctoranda en Ciencias Políticas. Magíster en Género, Sociedad y Políticas. Especialista en Derecho Constitucional y en Derecho Penal y Criminología. Diplomada Superior en Ciencias Sociales con mención en Género y Políticas Públicas. Con formación en el extranjero en Derechos Humanos de las Mujeres. Asesora y Consultora en Derechos Humanos y en educación desde el enfoque de Género e Interseccionalidad como categorías de análisis. Escritora con publicaciones resultado de investigación y apoyo científico en España, México y Colombia. Articulista, árbitro y editoralista invitada en revistas Indexadas. Docente Investigadora (pregrado y maestría) de la Universidad del Atlántico. Grupo de Investigación Mujer Género y Cultura.
 - 2 Abogada. Doctoranda en Ciencias Políticas. Magíster en Educación. Investigadora Judicial. Asesora y Consultora en Derechos Humanos y educación, desde el enfoque de Género e Interseccionalidad como categorías de análisis. Docente Investigadora.

Resumen

El presente artículo simboliza la oportunidad de compartir reflexiones conjuntas desde la mirada del Derecho Penal y los Derechos Humanos, sin desconocer los aportes de la educación y la investigación judicial en el tema del feminicidio.

El feminicidio, como delito penal autónomo es un debate pendiente en la garantía del derecho de las mujeres a vivir y morir libre de violencias por su condición de género, representa la voluntad del legislador para tipificar la conducta que asesina a las mujeres. Lo cual, intensifica la actividad jurídica del Derecho, en sus normas sustantivas y procesales, fusionadas en un instrumento normativo, que a manera de documento jurídico-político, surge en consonancia con el deseo de justicia para impulsar el bien común y promover las garantías constitucionales de vivir en paz.

Palabras clave: feminicidio, derecho, violencias, género.

Abstract

This article symbolizes the opportunity to share joint reflections from the perspective of Criminal Law and Human Rights, without ignoring the contributions of education and judicial investigation on the issue of femicide.

Femicide, as an autonomous criminal offense, is a pending debate in the guarantee of the right of women to live and die free of violence because of their gender, represents the will of the legislator to typify the behavior that murders women. Which, intensifies the legal activity of law, in its substantive and procedural rules, merged into a normative instrument, which as a legal-political document, arises in line with the desire for justice to promote the common good and promote constitutional guarantees to live in peace.

Keywords: femicide, right, violence, gender.

INTRODUCCIÓN

La relación entre el Derecho y la Justicia, evidencia el propósito de armonizar lo que está disperso, establecer un orden social justo para unos y otras e integrar el concepto de política criminal en la transición dinámica de lo jurídico con la función social y el fin político del Derecho. Por ello, la respuesta judicial del Estado en el deber de debida diligencia que le corresponde, integra la esencia normativa de su mandato con la necesidad de juzgar con perspectiva de género.

En ese orden de ideas, la decisión política del legislador de tipificar el feminicidio como conducta punible manifiesta la respuesta institucional a compromisos internacionales en materia de Derechos

Humanos en la capacidad de configurar normativamente el ejercicio de su poder público, articulado a su política-criminal, incremento de penas como mensaje protector, y garantías de acceso a la justicia en igualdad de condiciones, en dignidad, derechos y oportunidades.

Por ello, en el caso específico de la Ley 1761 de 2015³, conocida en el contexto colombiano como la Ley de Rosa Elvira Cely⁴, por medio de la cual se creó en Colombia el tipo penal de feminicidio como delito autónomo, se evidencia la voluntad política del legislador para buscar soluciones justas a situaciones desiguales e incluir en el ordenamiento jurídico la normativa penal que reconoce no solo el derecho de las mujeres a vivir libre de violencias por condición de género como bien jurídico tutelado sino su condición humana como persona, sujeta de derechos y ciudadanas de especial protección por el alto riesgo de vulneración, exclusión y diferencias que las afecta por su condición de género.

Por consiguiente, se hace necesario entender conceptos claves como resultan ser los estereotipos que se integran transversalmente a las resoluciones judiciales y que se lidian mediante la educación y los procesos formativos desde el enfoque de derechos y la perspectiva de género hacia la consecución de la justicia en equidad.

El aporte de la autora Luz Katherine Pacheco López, se hace desde la mirada de los Derechos Humanos, su conocimiento teniendo en cuenta que las violencias sociales e institucionales contra las mujeres representan no solo una grave violación al derecho a una vida libre de violencias por condición de género sino un problema de políticas

3 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1761 (6, julio, 2015) Por la cual se crea el tipo penal de Feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. Bogotá: El Congreso. 2015.

4 Mujer de 35 años de edad, víctima de feminicidio, asesinada en el Parque Nacional de Bogotá por un compañero de estudios. JUDICIAL. La muerte de Rosa Elvira Cely, un crimen abominable. En: Revista Semana. Bogotá (6, febrero, 2012) 2p.

públicas, incluso de salud pública y de seguridad por simbolizar la colonización del patriarcado, fruto de la cultura machista, que instala impunidad como elemento significativo del feminicidio. No se desconocen, los aportes de la educación y la investigación judicial –criminológica en el tema del feminicidio, atendiendo el argumento sexista en la enseñanza del Derecho y la investigación penal.

El aporte de la autora Marina López Sepúlveda se evidencia desde el punto de vista del Derecho penal, teniendo en cuenta que el feminicidio es un tipo penal autónomo tipificado como la acción que ocasiona muerte a una mujer en razón a su condición de género. Lo que, deja ver el mensaje enviado a la sociedad en la respuesta judicial del Estado, la capacidad para resolver problemáticas socio-jurídicas y la exigibilidad de seguridad jurídica en la función promocional de la justicia hacia el bien común, la búsqueda de equidad y la eficacia de la Ley.

El feminicidio no solo comprende el asesinato de una mujer por su condición de género en el contexto del crimen de odio que simboliza sino que abarca el conjunto de hechos violentos contra mujeres en la grave violación de sus derechos, en las formas de educación, trato y consideración que continúan con la costumbre de la discriminación, en las formas de investigar, de condenar y de generar impunidad.

De esa manera, el debate continúa pendiente en la garantía del derecho de las mujeres a vivir y morir libres de violencias por su condición de género. El contenido del presente artículo académico es solo una aproximación al debate inconcluso.

RECONOCIMIENTOS DE DERECHOS DE CIUDADANÍA EN LOS AVANCES NORMATIVOS, DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES

El reconocimiento de los Derechos Humanos de las mujeres en su rol de ciudadanas, sujetas de derechos, de especial protección por riesgos de género, se registra históricamente en materia de estándares internacionales.

La mujer es sujeto de especial protección tanto en el derecho internacional como en el ordenamiento jurídico interno [...] Los actos de agresión pueden provenir de agentes estatales o particulares, afectar la vida pública o privada de la mujer, presentarse en relaciones laborales, familiares, afectivas, como también por fuera de estas, tener consecuencias para su integridad física, moral o psicológica y, en algunos casos, producir secuelas para las personas que conforman su unidad doméstica. En esta medida, corresponde al Estado y a la familia procurar mecanismos destinados a evitar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer, teniendo los órganos estatales que asumir la mayor responsabilidad debido a su naturaleza, estructura y funciones (Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-776/10)⁵.

A manera de ejemplo, se puede citar el *Corpus Iuris* del Derecho Internacional de Derechos Humanos, su normatividad, doctrina y jurisprudencia como legislación, parámetros de convencionalidad y Bloque de Constitucionalidad en el compromiso internacional del Estado Parte de Colombia.

Como figura jurídica se deja ver en los artículos 9⁶, 53⁷, 93⁸, 94⁹, 102-2¹⁰ y 214-2¹¹ de la Constitución Política y se especifica de la siguiente manera;

5 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-776 de 2010. Pte.: Mauricio González Cuervo.

6 Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía, respeto y reconocimiento de principios del derecho internacional.

7 Los convenios internacionales del trabajo ratificados hacen parte de la legislación interna.

8 Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

9 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. José Gregorio Hernández Galindo

10 Reconoce que los límites señalados constitucionalmente, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso y ratificados por el Presidente de la República.

11 Regula los estados de excepción y establece que en los mismos no podrán suspenderse los derechos humanos y las libertades fundamentales, respetándose las reglas del derecho

El Bloque de Constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y mandato. Son verdaderos principios y reglas de valor constitucional, normas situadas en el nivel constitucional del articulado constitucional *stricto sensu*¹².

AVANCES NORMATIVOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

La normatividad en materia de Derechos Humanos de las mujeres se integra a partir del reconocimiento jurídico del Derecho a una vida libre de violencias por condición de género. El cual, se incorpora formalmente en el marco jurídico del Bloque de constitucionalidad a partir del reconocimiento del Estado Social de Derecho, democrático, participativo, laico, ecológico e incluyente, declarado con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes no solo vida sino paz, convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento y libertad, dentro de un marco jurídico, democrático, participativo e incluyente que garantice un orden político, económico y social justo” como lo señala el Preámbulo de la Constitución¹³.

A partir, de ese reconocimiento formal se integran no solo normas constitucionales y legales sino principios rectores, compromisos del Estado y recomendaciones de organismos internacionales. Entre ellos, se pueden citar a manera de ejemplo;

internacional humanitario.

12 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. C-225 de 1995. Pte.: José Gregorio Hernández Galindo.

13 COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Bogotá: Editorial Cupido. 1991, Preámbulo.

- a. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres¹⁴, ratificada en el ordenamiento interno colombiano por medio de la Ley 248 de 1995¹⁵.
- b. Convención Universal sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer¹⁶, ratificada a través de la Ley 051 de 1981¹⁷ y el Protocolo Facultativo-Convención CEDAW (1999).

Como reconocimientos universales, dignifican el rol de ciudadanía de las mujeres, sujetas titulares de derechos y actrices políticas de especial protección en la esencia del compromiso del Estado Parte de Colombia, en materia de Derechos Humanos. Entre otros; se relacionan los siguientes:

- a. Incluir en la legislación interna normas penales [...] que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer;
- b. Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar, abolir leyes y reglamentos vigentes, modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia;

14 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. Convención Belem Do Para. Belém, Brasil: (06, septiembre, 1994), Vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

15 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA: Ley 248 (29, diciembre, 1995) Por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belem Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994. Bogotá D.C., Diario Oficial, 1995. No. 42.171. p. 1-7.

16 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Convención CEDAW. Copenhague, Dinamarca: (18, septiembre, 1979). Asamblea General de las Naciones Unidas.

17 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 51 (02, junio, 1981) Por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980. Bogotá D.C., 1981. Diario Oficial No. 35794. p. 1-16.

- c. Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, juicio oportuno y acceso efectivo;
- d. Establecer mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces¹⁸.
- e. Consagrar [...] en sus constituciones [...] legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y la mujer, asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
- f. Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter con sanciones que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- g. Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad y garantizar, por conducto de tribunales y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- h. Abstenerse de incurrir en actos o prácticas discriminatorias y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
- i. Tomar medidas apropiadas para eliminar la discriminación practicada;
- j. Adaptar todas las medidas adecuadas de carácter legislativo para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
- k. Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer"¹⁹

18 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Belém do Para. Op. cit., artículo 7.

19 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención CEDAW. Op. cit., artículo 2.

Lo anterior, simboliza no solo la letra muerta de los enunciados constitucionales y las normas rectoras de la ley penal y procesal, sino los referentes universales y las garantías de vida para las mujeres, en dignidad, derechos y oportunidades. Por lo cual, le corresponde al Estado Parte de Colombia, en la deuda pendiente con las mujeres, asumir la tutela del derecho a una vida libre de violencias por condición de género, en cumplimiento de su deber de debida diligencia.

En ese orden de ideas, le corresponde al Derecho en su dimensión política, dirimir la problemática e incluir en su normatividad el reconocimiento de los derechos de ciudadanía de las mujeres como legado jurídico. Como criterio de equidad, podría contribuir considerablemente a la calidad de las decisiones judiciales con tesis jurídicas acorde a derechos y sentencias ajustadas a los compromisos adquiridos.

Además, el enfoque de derechos y la perspectiva de género como categoría de análisis, conceptual y descriptiva posibilita entender que; “El género es una herramienta muy poderosa para la revisión crítica y la denuncia de las desigualdades e inequidades entre mujeres y hombres”²⁰.

Si bien es cierto, “los derechos de las mujeres en clave feminista se presentan con el objeto de reflexionar sobre las prácticas y los desafíos que se deben afrontar, en avances y contradicciones, tensiones y angustias”, también lo es que “el lenguaje legal es un instrumento mediante el cual se configura la cultura jurídica y se construyen y reproducen las relaciones sociales”²¹.

20 UNICEF. Perspectiva de Género. ¿De qué hablamos cuando hablamos de perspectiva de género? Buenos Aires: Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas. 2017. 34 p.

21 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-804/2006. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

En consecuencia, el tipo penal especial del feminicidio, reconocido en Colombia a través de la Ley 1761 de 2015, deja ver voluntad política para mejorar la respuesta judicial del Estado, mínimamente en la formalidad de las buenas intenciones;

Artículo 2°. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 104A del siguiente tenor: Artículo 104A. Feminicidio. Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses. a) Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella. b) Ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad. c) Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural. d) Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo. e) Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no. f) Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella.

Artículo 3°. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 1046 del siguiente tenor: Artículo 1046. Circunstancias de agravación punitiva del

feminicidio. La pena será de quinientos (500) meses a seiscientos (600) meses de prisión, si el feminicidio se cometiere: a) Cuando el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esta calidad. b) Cuando la conducta punible se cometiere en mujer menor de dieciocho (18) años o mayor de sesenta (60) o mujer en estado de embarazo. c) Cuando la conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas. d) Cuando se cometiere en una mujer en situación de discapacidad física, psíquica o sensorial o desplazamiento forzado, condición socioeconómica o por prejuicios relacionados con la condición étnica o la orientación sexual. e) Cuando la conducta punible fuere cometida en presencia de cualquier persona que integre la unidad doméstica de la víctima. f) Cuando se cometa el delito con posterioridad a una agresión sexual, a la realización de rituales, actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de agresión o sufrimiento físico o psicológico. g) Por medio de las circunstancias de agravación punitiva descritas en los numerales 1, 3, 5, 6, 7 y 8 del artículo 104 de este Código. Artículo 4°. Modifíquese el segundo inciso del artículo 119 del Código Penal-Ley 599 de 2000: Cuando las conductas señaladas en los artículos anteriores se cometan en niños y niñas menores de catorce (14) años o en mujer por el hecho de ser mujer, las respectivas penas se aumentarán en el doble.

Como respuesta jurídica del Estado no solo en su pretensión de justicia, sino en la validez sustantiva de la norma y la garantía de derechos, sustanciales y procesales, reconoce a las mujeres como sujetas de especial protección en todos los espacios.

En definitiva, más que la Ley y su reglamentación, el diseño de la política criminal en las dimensiones de la administración de justicia debe ser ajustado al esquema penal y procesal constitucionalizado, evitando fallas que hagan incurrir al Estado en responsabilidades por

incumplimiento de sus compromisos internacionales en términos de dignidad humana²² e igualdad ante la ley²³ sin desconocer el principio de integración²⁴ de postulados de derechos humanos en la misión del Derecho.

De esa manera, el Sistema Penal Oral Acusatorio se debate en la implementación progresiva de la Ley que penaliza el tipo penal de feminicidio con pretensión de justicia para las mujeres en la garantía de sus derechos, en vida y post-mortem.

El Estado, como titular del *"ius puniendi"*, es el llamado a fijar los lineamientos de la política criminal que han de aplicarse para posibilitar la convivencia pacífica en sociedad y para asegurar la defensa de valores, derechos y garantías ciudadanas²⁵.

AVANCES DOCTRINALES

La Doctrina en el interés del estudio jurídico resulta significar conceptos claves que influyen en el desarrollo del ordenamiento legal, en la geopolítica del conocimiento y en la pretensión de validez universal que favorece la comprensión no solo de dogmas, normas e instituciones relacionadas con el Derecho sino de historias de vida e investigaciones judiciales/criminalísticas que con sus aportes contribuyen al análisis de problemáticas socio-culturales y a la solución de casos jurídicos.

Lo que evidencia, voluntad política en búsqueda de justicia con validez legal para orientar la dimensión política del Derecho a manera

22 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO PENAL. Ley 599 (24, julio, 2000) Por la cual se expide el Código Penal. Bogotá D.C., 2000. Artículo 1 Código Penal.

23 *Ibid.*, artículo 7.

24 *Ibid.*, artículo 7.

25 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335/2013. M.P.: José Ignacio Pretelt Chaljub

de realidad en medio del estado de cosas inconstitucionales que simboliza el feminicidio. Por ello, se puede afirmar que:

Tener una Constitución, darse una Constitución y vivir en Constitución [...] es la continuidad de una práctica que permite eliminar términos indeseables, por un lado, de sometimiento al pasado y, por otro, de ausencia de garantía de los derechos [...] en el gobierno de los muertos y el gobierno de los vivos.²⁶

Motivo por lo cual, la garantía de derechos en la búsqueda de justicia surge a partir del alcance significativo del Derecho a la Seguridad personal;

(i) El derecho a la seguridad personal está incorporado al ordenamiento jurídico colombiano en virtud de artículos de la Constitución citados e interpretados a la luz de instrumentos de derechos humanos, ratificados por Colombia y que crean obligaciones internacionales para el país; (ii) Además, de manifestarse como derecho humano fundamental de todas las personas, el derecho a la seguridad personal adquiere especial importancia en el caso de ciertos sujetos que, dada su condición o su contexto, han recibido especial protección tanto por la Carta como por otras fuentes de derecho internacional vinculantes para Colombia; y (iii) El contenido específico del derecho a la seguridad personal es históricamente variable, y se ha de determinar de conformidad con el contexto socio-político y jurídico en el cual se vaya a aplicar [...] la jurisprudencia de esta Corte estableció una sencilla escala de riesgos, tomando en cuenta dos variables: (i) niveles de tolerabilidad jurídica del riesgo por los ciudadanos en virtud del principio de igualdad ante las cargas públicas; y (ii) títulos jurídicos con base

²⁶ AGUILÓ, Josep. Tener una constitución, darse una constitución y vivir en constitución. En: ISONOMÍA. No. 28. (Ene.-Abr., 2008). p. 72

en los cuales se puede invocar la intervención protectora de las autoridades²⁷.

En ese sentido, el informe de ONU Mujeres sobre el progreso de las Mujeres en el Mundo 2011-2012²⁸, denominado "En Busca de la Justicia", recomienda;

...asumir el desafío de garantizar que todas las mujeres tengan acceso a la justicia en contextos complejos como los del pluralismo jurídico y durante o después de situaciones de conflicto, lograr que los sistemas de justicia funcionen para las mujeres [...] Apoyar a organizaciones de mujeres en el ámbito jurídico. Impulsar ventanillas únicas y servicios especializados para reducir el abandono de casos en la cadena de justicia. Implementar una reforma de ley sensible al género [...] Capacitar a juezas y jueces y dar seguimiento a sus sentencias. Aumentar el acceso de las mujeres a los tribunales [...] Implementar programas de reparación sensibles al género. Invertir en el acceso de las mujeres a la justicia. Colocar la igualdad de género en el centro de los Objetivos de Desarrollo.

Por ende, "los feminicidios pueden y deben prevenirse y las medidas de protección no pueden seguir siendo capítulos de letra muerta en nuestras leyes, deben cumplir su función: evitar más violencia, evitar la muerte²⁹.

El feminicidio es un tipo penal autónomo [...] El feminicidio es un delito pluriofensivo que no solamente atenta contra la vida de la

27 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-496/2008. M.P.: Jaime Córdoba Triviño

28 ONU MUJERES. El progreso de las Mujeres en el Mundo. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas, 2011. p. 34.

29 TORRES ROMERO, Sandra. Aproximación al fenómeno de la retractación en las causas de violencia intrafamiliar. En: Revista de Derecho. Vol. 26. No. 1. (Jul.-Dic., 2013). p. 175.

víctima, sino también, principalmente, contra la igualdad, aparte que fomenta la discriminación³⁰.

Desde la mirada feminista, se ha propuesto resignificar la “legitimación” de la violencia hacia las mujeres por su condición de género y tipificar la conducta de lo que Jill Radford y Diana Russell definieron como un “crimen de odio [...]”³¹ “el asesinato de mujeres es la forma más extrema del terrorismo sexista”. Teniendo en cuenta, las diferencias conceptuales entre los términos de feminicidio y femicidio, se afirma que estos resultan ser un neologismo y no sinónimos en sus diferencias sustantivas, por lo cual; el femicidio es el “asesinato de mujeres realizado por hombres motivado en el odio, desprecio, placer o en el sentido de propiedad sobre las mujeres”³² y hace mención al “asesinato misógino de mujeres cometido por hombres”³³.

Como el feminicidio es “el acto de asesinar a una mujer, solo por el hecho de su pertenencia al sexo femenino se le otorga un significado político al concepto jurídico, teniendo en cuenta las fallas del Estado para prevenirlo”³⁴.

Para la Organización de las Naciones Unidas, el femicidio es el asesinato de mujeres como resultado extremo de la violencia de género, que ocurre tanto en el ámbito privado como en el público, y comprende aquellas muertes de mujeres a manos de parejas, ex parejas o familiares, asesinadas por acosadores, agresores sexuales

30 CLADEM. ¿Es conveniente contar con una figura penal sobre feminicidio/femicidio? Buenos Aires, 2011. p. 8.

31 RADFORD, Jill & RUSSELL, Diana. Femicidios: La política del asesinato de mujeres. Ciudad de México: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México/Comisión Especial Seguimiento Femicidios. 2006. p. 512.

32 RADFORD & RUSSELL. Op. cit., p. 34

33 Ibid., p. 35

34 LAGARDE DE LOS RÍOS, Marcela. Pacto entre mujeres. Sororidad. Madrid: Celem., 2006. p. 74

o violadores, así como aquellas que trataron de evitar la muerte de otra mujer y quedaron atrapadas en la acción femicida³⁵.

Los dos conceptos anteriormente mencionados, también se relacionan con otros como resultan ser; "Gendercide", "Genericidio", "Generocidio" en "la deliberada exterminación de personas de un sexo (o género) en particular"³⁶. Actualmente, se introduce un nuevo término; "femigenocidio como crimen en el fuero internacional de Derechos Humanos; el derecho a nombrar el sufrimiento en el derecho [...] los feminicidios de naturaleza impersonal [...] en la importancia de tipificar diversos tipos de violencia contra la mujer"³⁷.

En el caso específico de Colombia, se reconoce la figura jurídica del feminicidio como tipo penal autónomo. Teniendo, en cuenta la triada de su clasificación; íntimo³⁸, no íntimo³⁹ y por conexión⁴⁰, sin dejar a un lado la discusión del tipo penal autónomo pactado en el "disfrute arbitrario de la territorialidad del cuerpo de las mujeres"⁴¹.

Definitivamente, el asesinato de una mujer por su condición de género resulta ser una conducta reprochable y violatoria de derechos en medio de normas pactadas en el sistema patriarcal que legitima las

35 CONTRERAS TAIBO, Lorena. Factores de riesgo de homicidio de la mujer en la relación de pareja. En: *Universitas Psychologica*. Vol. 13. No. 2. (Abr.-Jun., 2014) p. 16.

36 WARREN, Mary Anne. *Gendercide: the implications of sex selection*. Totowa: Rowman & Allanheld, 1985. p. 46

37 SEGATO, Rita Laura. *El femigenocidio, ¿De qué se trata? Conversaciones con la Fundación Iberoamericana para el Desarrollo*. Madrid, España. 2012.

38 Asesinatos cometidos por el hombre con el cual la víctima tenía en el presente o en el pasado una relación amorosa, familiar y/o de cualquier otra índole afín. Históricamente se ha tipificado como homicidio, parricidio e infanticidio.

39 Asesinatos cometidos por hombres con los cuales la víctima nunca mantuvo ninguna clase de relación. Incluye el asesinato en serie, los distintos móviles para asesinar a las mujeres y los ataques sexuales por medio de los cuales el femicida satisface sus instintos de macho.

40 Hace referencia a mujer/es asesinada/s, agredida/s, discriminada/s, violentada/s por defender a otra/s mujer/es que está siendo atacada/s por un/os hombre/s. Es el caso de mujeres que intervienen y defienden a otra/s y son agredidas en la acción del femicida.

41 En su voz son los "Sentimientos de control, de propiedad sobre el cuerpo de las mujeres. Los ex novios que reivindican que si no es con ellos no será con nadie más; el control de los maridos cuando las mujeres rompen con la "sexualidad enclaustrada en el mundo de la pareja"; y las agresiones de desconocidos hacia mujeres que, de alguna manera, "les representan un patrón de deseabilidad".

relaciones asimétricas de poder. Simboliza “el imaginario libertino: la regresión a formas feudales de control territorial donde la mujer puede ser restituida a su función de objeto transaccional por el sacrificio”⁴². Por ello, “la secularización del poder punitivo”⁴³ en la separación dicotómica de delito y moral, interpreta la realidad construida sobre comportamientos perturbadores del orden público e imaginarios sexistas que definen el delito bajo el parámetro de la función de la pena. En el sistema reglado de adjudicación de la pena, la taxatividad penal se circunscribe al límite de la motivación que la determina.

En otro sentido, resulta relevante la consideración jurídica de la valoración de la conducta punible para dejar de percibirla como delito pasional y homicidio emocional en los criterios colonizadores de la “pasión o emoción violenta excusable” como fue señalada por el Código Penal de 1936⁴⁴, al justificar el “estado de ira e intenso dolor, causado por una grave e injusta provocación de la esposa”.

No se puede seguir desconociendo que; “La cultura patriarcal es parte de la formación de la mentalidad de muchos pueblos, de manera que la violencia contra las mujeres es en realidad el síntoma y no la enfermedad. Las mujeres solo tendrán igualdad de acceso a justicia –y la violencia contra la mujer solo será eliminada–, cuando se construya una mentalidad que las conciba como iguales y no como inferiores, pues esta es la causa estructural de las violencias contra las mujeres”⁴⁵.

42 AMORÓS PUENTE, Celia & QUESADA CASTRO, Fernando. Las mujeres como sujetos emergentes en la era de la globalización: nuevas modalidades de violencia y nuevas formas de ciudadanía. Madrid: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad del Gobierno de España; Instituto de la Mujer. 2011. p. 349.

43 PRIETO SANCHIS, Luis. La filosofía penal de la Ilustración. Ciudad de México: Palestra Editores, 2007, p. 25.

44 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 95 (24, abril, 1936) Sobre Código Penal. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1936, No. 23316. p. 1-66.

45 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-967/2014. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado

Como no se trata solo de lo pasional en el amor que asesina sino en la respuesta judicial del Estado, se debe tener en cuenta el incremento del riesgo en el peligro de muerte, en la inseguridad e impunidad promulgada institucionalmente.

El índice de impunidad como fuente de inseguridad [...] respecto a las denuncias es del 90,5 % [...] respecto a las condenas es del 99,9 % [...] La impunidad es un delito sin castigo, es el resultado que se obtiene cuando una conducta delictiva que merece sanción, no la recibe [...] impunidad originada en la gestión judicial [...] El 1 de enero de 2005, comenzó a regir el Sistema Penal Acusatorio, la impunidad de todo tipo era igual a cero. A los 41 meses se evalúa el sistema y la impunidad es del 27,9 % para los procesos terminados y del 48,7 % para procesos vigentes. Por cada mes transcurrido se avanza en un 0,68 % de impunidad adicional en casos terminados y en un 1,18 % de riesgo de impunidad adicional en los casos vigentes [...] Después de 2010 es posible que el sistema penal se ubique [...] en lo que implicaría un avance preocupante de la impunidad [...] la impunidad sería la regla y el castigo merecido a los delitos, la excepción⁴⁶.

AVANCES JURISPRUDENCIALES – IURIS PRUDENTIA

La jurisprudencia representa no solo un complemento, argumento y/o fuente del Derecho sino una definición reveladora del contenido normativo, lo que resulta significar un precepto hermenéutico revelador. Como tesis socio-jurídico-político, se aplica a casos concretos en la respuesta garante del Estado.

Por ello, el criterio de su doctrina contiene un desarrollo temático integral sintonizado con la validez interpretativa del análisis socio-ju-

⁴⁶ BARRETO NIETO, Luis Hernando & RIVERA, Sneider. Una mirada a la Impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia. Bogotá: Milla Ltda., 2009. p. 296.

rídico del Derecho. A manera de ejemplo, se pueden citar las jurisprudencias de las altas cortes colombianas no solo por su contenido significativo sino por el pronunciamiento de justicia.

La discriminación y la violencia contra la mujer están a su vez fundados sociológicamente en prejuicios y estereotipos de género que han motivado la idea de la independencia, dominancia, agresividad, e intelectualidad del hombre y de la emotividad, compasión y sumisión de la mujer, situación que ha causado una desafortunada discriminación de las mujeres en roles intelectuales y de liderazgo que históricamente ha sido reforzada mediante la violencia, a través de la agresividad masculina aprendida en la infancia como estereotipo y luego desarrollada como forma de dominación⁴⁷.

La violencia de género constituye una afectación grave de los derechos fundamentales que no pueden esconderse detrás del velo de la domesticidad o la privacidad del hogar. Esta clase de agresiones tienen origen en una larga tradición de discriminación por el solo hecho de ser mujer [...] Corresponde, al Estado garantizar este derecho⁴⁸.

En la complejidad de la vida intrafamiliar pueden presentarse conflictos que trasciendan al ámbito de la violencia, para cuya solución y tratamiento [...] no solo es suficiente la adopción de medidas de carácter represivo contra el agresor, sino que además deben implementarse otros mecanismos que, en el ámbito preventivo y correctivo, ofrezcan protección a la víctima a la vez que contribuyan al restablecimiento de la armonía y unidad familiar [...] Las medidas deben atender a un criterio mínimo de oportunidad [...] que incluyan la creación de herramientas no solo de carácter

47 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335/2013. Op. cit. p. 21.

48 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-878 de 2014. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

punitivo o represivo sino otras de carácter preventivo y correctivo [...] explorando otras alternativas como medidas pedagógicas, preventivas y correctoras, que permiten solucionar el problema por medios civilizados como el diálogo concertado, conciliación y transacción⁴⁹.

La situación de discriminación estructural que la mujer debe afrontar en numerosos espacios de la sociedad colombiana [...] genera impactos diferenciales. Tal circunstancia impone a autoridades públicas el deber de emprender acciones integrales, racionales, coordinadas y cuidadosamente diseñadas para atacar en forma directa los factores que las producen [...] el medio de defensa alternativo tiene que ser materialmente apto para lograr que los derechos fundamentales en juego sean efectivamente protegidos [...] prevalencia del derecho sustancial [...] condiciones mínimas de seguridad sin estar expuestos a riesgos extraordinarios de recibir daños en su persona⁵⁰.

No debe olvidarse que, en contacto con la idea de igualdad sustancial, la exclusión de la discriminación por razón de sexo contenida en el artículo 13 de la Carta, no se detiene en la mera prohibición sino que abarca el propósito constitucional de terminar con la histórica situación de inferioridad padecida por la población femenina; esa decisión autoriza, dentro de un principio de protección, toma de medidas positivas, dirigidas a corregir desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y promover la igualdad real y efectiva⁵¹.

49 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-059 de 2005. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

50 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 496 de 2008. Op. cit. p, 7.

51 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 410 de 1994. M.P.: Jorge Arango Mejía.

Se presentó una argumentación discriminatoria por motivos de sexo cuando sugirió que era objeto de menor reproche un delito de homicidio en la modalidad de tentativa suscitado en los celos⁵².

Los casos de discriminación, por razón de género, bien pueden tener origen en actuaciones judiciales que coloquen en posición desfavorable a la mujer por el hecho de serlo, lo que desconoce el principio de igualdad, sistemas internacionales de protección de Derechos Humanos y la propia Constitución. Sin duda alguna, se resquebraja el valor de la igualdad real ante la ley cuando, en el escenario de un proceso judicial, se analiza sesgadamente el material probatorio y, como en el caso de autos, se detiene a una mujer y se le imponen 42 años de prisión, por el homicidio de su cónyuge o compañero, con fundamento en que ella le era infiel [...] Los jueces, como cultores de la justicia y guardianes del orden jurídico, están llamados a contribuir a la realización de los fines esenciales del Estado y, entre ellos, a combatir la discriminación y el marginamiento⁵³.

De igual manera, se cita la jurisprudencia internacional del Sistema interamericano, señaladas en pronunciamientos de la Corte Constitucional: "La jurisprudencia de instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad [...]"⁵⁴.

52 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Radicación 30801 de 2010. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca

53 COLOMBIA CONSEJO DE ESTADO, Sentencia No. 20001-23-31-000-2000-00567-01(24093) de Consejo de Estado - Sección Tercera, de 29 de Agosto de 2012. M.P.: Stella Conto Díaz del Castillo.

54 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-355 de 2006. MM.PP.: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

Existe responsabilidad internacional del Estado... por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales establecidas en los artículos 7, 8 y 9 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem Do Para), relacionadas a la defensa de derechos humanos de las mujeres, eliminación de situaciones de violencias y “por la falta de medidas de protección a las víctimas; de prevención de estos crímenes, pese al conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género en la zona; de respuesta de autoridades; de debida diligencia en la investigación de asesinatos; denegación de justicia y falta de reparación adecuada, la cual debe; a) Conducir eficazmente el proceso penal, b) Incluir una perspectiva de género en la investigación, c) Que órganos judiciales y de investigación cuenten con recursos humanos y materiales necesarios, d) Difundir públicamente los resultados de los procesos, e) Implementar programas de educación y capacitación a funcionarios públicos en materia de derechos humanos, f) Brindar atención médica, psicológica o psiquiátrica gratuita de forma inmediata, adecuada y efectiva, g) Investigar a funcionarios acusados de irregularidades y aplicar las sanciones adecuadas, h) Investigar y sancionar a las personas responsables del hostigamiento que la familia de las víctimas sufrió, i) Realizar un programa de educación destinado a la población de Chihuahua, para la superación de estereotipos sobre el papel social de las mujeres, j) Publicar ciertos párrafos de la sentencia en el Diario Oficial y en dos diarios de amplia circulación, k) Realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, l) Levantar un monumento en memoria de las mujeres víctimas de homicidio por razones de género en Ciudad Juárez⁵⁵.

55 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. Washington, 2009.

Los Estados tienen obligaciones; deben actuar con debida diligencia y responder con medidas de prevención, promoviendo cambios de comportamientos socio-culturales basados en estereotipos e imaginarios, garantizar recursos judiciales efectivos. Se reconoce, la existencia del riesgo a sufrir daño por causa de la violencia por condición de género, lo que amerita mayor protección judicial no solo al derecho de las mujeres a una vida libre de violencias sino a la igualdad ante la Ley, protección efectiva, diligente e inmediata y disminución de riesgos”⁵⁶.

Las anteriores citas en los argumentos que las fundamentan, resultan reveladoras pese a que no cuestionan la situación de la mujer enclaustrada en el paradigma del familismo. Es por ello, que a partir de la década de los setenta se debate en las Facultades de Derecho de países escandinavos y anglosajones la propuesta de una nueva disciplina jurídica-académica denominada “jurisprudencia feminista”⁵⁷, considerando al Derecho como objeto de análisis feminista.

Propuesta, fundamentada a partir de la influencia de la Dogmática Jurídica (que sistematiza e interpreta el Derecho en relación con aspectos de género), la Teoría del Derecho (que analiza la naturaleza y el fundamento filosófico del Derecho para establecer tesis generales sobre la relación del Derecho y la Justicia entre mujeres y hombres) y la Crítica Jurídica Feminista (que estudia los efectos concretos del Derecho positivo, planteando la necesidad de saber si estos efectos son neutros o no, desde el punto de vista del género).

56 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Jessica Lenahan-2011. INFORME No. 80/11CASO 12.626.21de julio de 2011. Washington, 2011.

57 EMMENEGGER, Susan. Perspectivas de género en Derecho. En: HURTADO POZO, José: Anuario de Derecho Penal: Derecho penal y discriminación de la mujer. No. 1999-2000. Lima: Universidad Católica del Perú y Université de Fribourg, 2000. p. 37.

Lo anterior, no solamente en el planteamiento histórico de “la cuestión de saber por qué si todas los hombres nacen libres, todas las mujeres nacen esclavas”⁵⁸, sino en la búsqueda continua de justicia en la exigibilidad de derechos.

Definitivamente, la necesidad de mejorar la respuesta judicial del Estado evidencia también el aporte de las iniciativas feministas. Entre otras; la Justicia de género como saber técnico y herramienta militante⁵⁹, el “Caucus de las mujeres para la creación de la Corte Penal internacional –CPI–”⁶⁰ y la “Teoría Feminista del Derecho”⁶¹ quien plantea que “el problema no es tanto si el Derecho debe tratar a las mujeres de manera idéntica o diferente respecto a los varones sino más bien el de evitar que constituye un instrumento de subordinación y opresión”⁶².

Lo que deja ver, la realidad que no se puede ocultar; el “Derecho no ha escapado a la circunstancia del sexismo, coadyuva de modo importante en el mantenimiento de semejante realidad discriminatoria [...] y de hecho nuestros sistemas jurídicos siguen sirviendo al dominio del hombre sobre la mujer aunque sancionen la igualdad de trato entre los sexos”⁶³.

Desde otra mirada, tanto la norma como los procedimientos jurídicos deben ser analizados integralmente para mejorar investigaciones penales en la conquista de sentencias con fallos de justicia. Resultando,

58 *Ibid.*, p. 38

59 VERGEL TOVAR, Carolina. El concepto de justicia de género: teorías y modos de uso. En: Revista de Derecho Privado. No. 21. (Jul.-Dic., 2011) p. 119.

60 FACIO, Alda. Las mujeres y la Corte Penal Internacional. La Corte Penal Internacional y los países andinos. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. 2001. 14 p.

61 MACKINNON, Catharine. Hacia una teoría feminista del Estado. Madrid: Cátedra S.A., 1995. p. 274.

62 FACCHI, Alessandra. El pensamiento feminista sobre el Derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl. En: Revista Sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires. Año 3, No. 6, Primavera. (2005) p. 29.

63 GARCÍA, AMADO, Juan Antonio. ¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la Teoría Feminista del Derecho. En: Anuario de Filosofía del Derecho. No. 9. (1992) p. 26.

relevante aplicar criterios reveladores en el abordaje de una Teoría de Justicia como resulta ser la propuesta de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial que identifica los siguientes “Criterios de Equidad para una Administración de Justicia con Perspectiva de Género”:

CRITERIOS ORIENTADORES PARA DETERMINAR SI SE ESTÁ ANTE UN CASO DE GÉNERO

En la formulación de preguntas claves que deben ser formulados en la relación entre hechos y derechos para establecer si se está o no frente a un tema de equidad de género y/o de relaciones de poder entre las partes involucradas, posibilitando que sean identificadas situaciones de discriminación por condición de género.

¿Quién hace qué?, ¿Cómo, con qué?, ¿Quién es dueño de qué?, ¿Quién es responsable de qué?, ¿Quién tiene derecho a qué?, ¿Quién controla qué?, ¿Quién decide qué?, ¿Quién recibe qué? ¿Por qué? y ¿Cuál es la base de la situación?

CRITERIOS ORIENTADORES EN RELACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL Y LA EQUIDAD DE GÉNERO⁶⁴

En el valor de la argumentación judicial, hermenéutica de género y documentación integral que permita visibilizar la situación específica de las violencias contra las mujeres por su condición de género, la carga probatoria inmersa en la discriminación y la importancia de darle voz no solo a las mujeres sino a sus organizaciones y a expertos en el proceso judicial.

⁶⁴ COMISIÓN NACIONAL DE GÉNERO DE LA RAMA JUDICIAL. Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género. Bogotá: ESCALA S.A., 2011. p.48.

CRITERIOS ORIENTADORES RELACIONADOS CON LA DECISIÓN JUDICIAL Y LA EQUIDAD DE GÉNERO

En la argumentación jurídica acompañada de pautas hermenéuticas que aplican normas vinculantes de tratados internacionales de Derechos Humanos de las mujeres consagrados en el Bloque de Constitucionalidad e interpretación de valores, principios constitucionales y derechos de ciudadanía para la toma de decisiones garantes de justicia en equidad de género.

Lo que, incluso ha logrado dinamizar el ejercicio de las buenas prácticas legales no solo del Derecho sino también de la abogacía para dignificarla y mejorar la actuación humana en el contexto de la democracia de género. Por lo cual, se formula un nuevo interrogante, en la búsqueda de respuesta colectiva; ¿Cómo seguir interpretando las desigualdades del sistema de dominación de la administración de justicia en el contexto de la globalización del patriarcado?

ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES DEL FEMINICIDIO

Considerar, los aspectos sustantivos y procesales del delito de feminicidio en su estructura típica, implica tener claridad conceptual sobre directrices normativas en la dimensión no solo socio-jurídica sino política del Derecho.

Sin desconocer, los sistemas patriarcales de poder en el estado de cosas inconstitucionales que consiente la transición de discursos jurídicos-normativos en las realidades vivientes que interpretan decisiones de justicia. Por ello, la hermenéutica de las normas jurídicas integra la argumentación que cobra vigencia al interpretar las reglas sustantivas/procesales con elementos estructurales, principios constitucionales y parámetros de calidad.

Lo que, en últimas, constituye una salvaguarda en términos de seguridad jurídica en el nuevo esquema del sistema penal acusatorio y procesal penal que rige el proceso del juicio oral en la tarea de investigar, sancionar y reparar. En el significado de la naturaleza del delito y el modelo de justicia revela la temática del feminicidio en el contexto del paradigma de lo humano, la justicia androcéntrica y la cultura patriarcal.

El paradigma de género desde la cuestión criminal hacia la cuestión humana [...] la posición desigual de la mujer en el derecho penal [...] el metadiscurso de mujeres relacionadas con las ciencias jurídicas y sociales, en la reflexión crítica sobre la argumentación desarrollado de la condición femenina y en relación con el derecho en general o con el derecho penal en particular⁶⁵.

ASPECTOS SUSTANTIVOS

De acuerdo, al artículo 104ª del Código Penal vigente se reconoce el Feminicidio como tipo penal autónomo, en la siguiente definición legal;

Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias a) Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella. b) Ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones

⁶⁵ BARATTA, Alessandro. El paradigma de género. De la cuestión criminal a la cuestión humana. En: HEIN DE CAMPOS, Carmen: Criminología y Feminismo. Porto Alegre, Sulina, 1999. p. 39.

vitales y su sexualidad. c) Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o socio-cultural. d) Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo. e) Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no. f) Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad, locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella. Incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses⁶⁶.

Como tipo penal género-específico, y pluriofensivo, atendiendo la multiplicidad de bienes jurídicos protegidos, responde a la penalización autónoma del homicidio de mujer por su condición género, es decir, por el hecho de ser mujer. Sin desconocer, que el feminicidio es un delito especial, de resultado, tipificado sobre la base de la transgresión al deber de respetar la norma penal en planos extra-penales de realidades vivientes, previas al tipo penal, originadas por prejuicios sexistas.

Por ello, el delito del feminicidio no constituye un tipo penal de autor sino un reproche dirigido al sujeto activo por comportarse de manera contraria a lo establecido por la norma jurídico-penal, ética del cuidado y comportamiento social, acorde a dignidad. Es un delito mono-subjetivo, porque la comisión del delito respecto a la autoría requiere solo de una persona para su comisión, sin que implique no aceptar

⁶⁶ CÓDIGO PENAL, *Ibíd.*, artículo 104^a

la autoría mediata o coautoría, siempre y cuando las demás personas intervinientes tengan la misma relación descrita con la víctima.

Feminicidio: tipo penal que castiga los homicidios de mujeres por el hecho de ser tales en un contexto social y cultural que las ubica en posiciones, roles o funciones subordinadas, contexto que favorece y las expone a múltiples formas de violencia⁶⁷.

Así mismo, encaja en los dispositivos amplificadores del tipo penal (participación, ideación, preparación de medios, ejecución del acto típico, consumación del hecho y etapa ejecutiva del delito). La interpretación del tipo penal deja ver su propia estructura, elementos e ingredientes especiales; a) Objetivos: (Sujetos; activo-victimario y pasivo-victima), Bien Jurídico tutelado (bienes jurídicos protegidos), conducta típica (acción u omisión), b) Subjetivos (dolo, culpa, preterintencional). Sin desconocer, las circunstancias agravantes y las sanciones penales específicas.

La protección del Bien jurídico tutelado no solamente es la Vida humana de la mujer sino su dignidad, libertad, integridad, igualdad, oportunidades, libre desarrollo de la personalidad, seguridad y no discriminación ni violencias. Se custodia, el cuidado a la vida, cuerpo y mente de la mujer asesinada por condición de humanidad, calidad de ciudadana, sujeta de derechos y persona de especial protección, teniendo en cuenta que la persona Humana es un bien jurídico protegido en el ordenamiento.

Como el hecho típico tiene un elemento objetivo (el aspecto externo de la conducta, es decir requiere de un resultado en el efecto de la pérdida del bien jurídico tutelado) y un elemento subjetivo (el móvil

⁶⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-297/16. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado

que representa la libertad del agente frente a elementos calificados como el ánimo o la intención de hacer daño), los elementos descriptivos, resultan ser; Elemento Objetivos (dar muerte a una mujer por el hecho de ser mujer). Normativos (Mujer en su rol de ciudadana, cónyuge, compañera, pareja, conviviente por relación sentimental o ex-) y los Elemento Subjetivo (delito con dolo específico, directo o de primer grado en la intencionalidad, deseo y voluntad de hacer daño y causar la muerte ("*animus necandi*").

Lo que, exige un análisis lógico-racional de fundamentos objetivos en hechos probados, determinándose la importancia de la investigación judicial-criminalística en la atención de indicadores o signos externos. El *animus*, en la voluntad de matar, el arma utilizada, las circunstancias contextuales en que se produce la acción, el comportamiento de intervinientes, las condiciones de tiempo, modo y lugar, número, intensidad, forma y gravedad de las heridas y su dirección en la zona anatómica atacada, expresiones, frases y palabras que acompañan el lenguaje de la agresión, las cuales constituyen en ciertas ocasiones la confesión espontánea de la intención dañina, el motivo o razón de la acción, la relación existente con anterioridad, entre autor agresor y víctima asesinada, elementos descriptivos del tipo penal, antecedentes, indicios, amenazas y móvil como elemento transversal: intención de asesinar a una mujer por el hecho de ser mujer, es decir por su condición de género.

Por otro lado, se debe considerar igualmente: el Verbo rector activo (matar en la acción que discrimina, violenta y asesina a una mujer). El Sujeto Activo del delito es⁶⁸ la persona que comete el delito, es el hombre que ejecuta la acción dirigida a privar de la vida a una mujer por su condición de género. El Sujeto Pasivo es la persona sobre la

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 25.

que recae la consecuencia de la acción delictiva. Es decir, que precisamente es una mujer por su condición de género, por el hecho de ser mujer.

La Conducta Típica, como acción concreta que realiza el sujeto activo en la acción de asesinar a una mujer. Lo que, se puntualiza en el resultado del delito; causar la muerte por el hecho de ser mujer, contrario a lo que la normatividad penal pretende proteger de la conducta en el peligro jurídicamente desaprobado y en el resultado concreto de la acción típica que causa daño. La tipicidad de la conducta punible es la consagración normativa del comportamiento humano reprochable.

Entre la conducta del sujeto activo hacia el sujeto pasivo, con el resultado de muerte, interviene una relación de causa-efecto de gran relevancia teniendo en cuenta las condiciones (*conditio sine qua non*) y las consecuencias jurídicas en el riesgo no permitido ni en el deber de soportar. No se desconoce, que en los delitos de resultado la conducta del sujeto activo, se pueda considerar como condición sin la cual el resultado no se habría producido jamás en el contexto de su realización, así como las circunstancias agravantes; tales como los hechos o situaciones que agravan la conducta con consecuencia en el aumento de la pena (sanción penal).

Lo anterior, teniendo en cuenta que:

El Feminicidio es sistémico, es el asesinato cometido por un hombre donde se encuentran todos los elementos de la relación inequitativa entre sexos: superioridad genérica del hombre frente a subordinación genérica de la mujer, misoginia, control y sexismo. Indicando, que no solo se asesina el cuerpo biológico de la mujer, se asesina también lo que ha significado la construcción cultural de su cuerpo, con la pasividad y tolerancia de un Estado masculinizado como lo menciona Marcela Lagarde.

En ese orden de ideas, se puede afirmar con claridad conceptual que los aspectos sustantivos del delito de feminicidio se integran al análisis del enfoque de derechos y la perspectiva de género que reconoce las relaciones de poder-subordinación, lenguajes, prejuicios y estereotipos de género que asesinan a las mujeres. Como argumento significativo, los criterios de la doctrina científica penalista han puesto de relieve el concepto del Derecho como disciplina *sui generis*, ligada no solo a la vigencia de la norma, su eficacia y validez sino también a las dinámicas actuales de la globalización del patriarcado y el "estado de alerta de género"⁶⁹.

Sin desconocer, que el Derecho también se encuentra ligado al territorio en la expresión del linaje colonizador que lo crea como producto de la cultura patriarcal. Por lo cual; "Para hacer justicia es necesario revisar los modos en que los hombres detentan el poder sobre las mujeres"⁷⁰.

El feminicidio como tema de justicia de género deja ver el legado ancestral en la exigibilidad de derechos, en la "geopolítica del conocimiento y colonialidades del poder"⁷¹, en el planteamiento ecológico feminista y en el argumento que conduce a la visión holística del Derecho.

Siendo así, se puede apreciar otra mirada, desde la "Reflexibilidad"⁷², es decir desde la forma de monitorear la realidad a partir del conocimiento y la reflexión crítica. Lo cual, le otorga otro significado al delito

69 LAGARDE DE LOS RÍOS. Op. cit. p. 34.

70 MOTTA, Cristina & Rodríguez, Marcela. Mujer y Justicia: El caso argentino. Serie de informes del Fondo de Apoyo Operativo de Género No. 3. Washington: Banco Mundial, 2000. p. 32.

71 MIGNOLO, Walter. Las geopolíticas del conocimiento y colonialidades del poder En: Revista Polis. Vol. 1 No. 4. (2003) p. 17.

72 GIDDENS, Anthony. La constitución de la sociedad. Bases para la teoría de la estructuración. Buenos Aires: Amorrortu Editores: 1995. p. 382

del feminicidio, en el discurso jurídico penal que construye el orden simbólico de derechos de humanidad.

Por ello, su abordaje debe ser integral, con el argumento de la "Hermenéutica de la Sospecha de Género [...] que sirve para desvelar el sesgo androcéntrico en la cultura"⁷³. Teniendo, en cuenta lo anterior, se puede afirmar que el tema "se relaciona con las reglas de una argumentación que puede ser precisada en cualquier tipo de disciplina o espacio abierto a la disertación, debate y motivación [...] en el marco de los discursos sociales que se argumentan"⁷⁴ en "la necesidad de una igualdad que reconozca las diferencias y de una diferencia que no produzca, alimente o reproduzca las desigualdades"⁷⁵.

Definitivamente, la igualdad jurídica como derecho resulta ser también un indicador de calidad, una meta en los objetivos de desarrollo sostenible y una garantía en las demandas locales de exigibilidad de justicia. Pese, a que también reclama una apertura mental, teniendo en cuenta que: "Aquellos que ignoran el contexto en que se hallan las ideas, están destinados a malentenderlas"⁷⁶.

ASPECTOS PROCESALES

El delito de Feminicidio como tipo penal autónomo, se sitúa en aspectos procesales establecidos en el Código de Procedimiento Penal vigente. Es decir, en los actos procesales del Sistema Penal Oral Acusatorio, en su modelo de justicia, etapas de indagación e investigación y juzgamiento, en el fortalecimiento del juicio público, contra-

73 PULEO Alicia. El concepto de género como hermenéutica de la sospecha: de la Biología a la Filosofía Moral y Política. En: Arbor, Vol. 189, No. 763. (Sep.-Oct., 2013). p. 4.

74 TOULMIN, Stephen. "The uses of argument". Cambridge: Cambridge University Press. 2003. p. 144

75 BOAVENTURA DE SOUSA, Santos, "Introdução: para Ampliar o Cânone do Reconhecimento, da Diferença e da Igualdade". En: Boaventura de Sousa, Santos. "Reconhecer para Libertar: os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural,": Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

76 JANIK, Allan y TOULMIN, Stephen. La Viena de Wittgenstein. Madrid: Taurus, 2001. p.215.

ditorio, oral y concentrado. Sin olvidar, la ejecución de penas en su función.

En nuestro ordenamiento jurídico, toda investigación criminal es dirigida por un fiscal, que realiza –en conjunto con su equipo de policía judicial un programa metodológico, el cual es redactado una vez que se elabora el informe ejecutivo de los actos urgentes; por tanto, el programa metodológico es una herramienta de planeación y de direccionamiento de la investigación criminal. Así, este permite hallar otros elementos materiales probatorios, del mismo modo planear, ejecutar y evaluar resultados, y provee un marco de referencia para cubrir los aspectos del ilícito⁷⁷.

La obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo a sus funciones, las cuales son señaladas en los artículos 249, 250 y 251 de la Constitución Política y en los artículos comprendidos del 113 al 117 del Código de Procedimiento Penal bajo principios rectores y garantías procesales a partir del respeto al debido proceso y a la dignidad humana. El sistema de investigación, acusación y juzgamiento penal basado en la oralidad se adopta en Colombia a partir del Acto Legislativo 03 de 2002, modificadorio de los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Nacional. Sin desconocer, la aplicación de los principios rectores y las garantías procesales en su carácter hermenéutico como filosofía orientadora de la actividad procesal.

Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados –particularmente en el

77 CASTRO SALDANA, Jesús Alberto & APARICIO BARRERA, Juan. La investigación criminal y el esclarecimiento de un hecho punible. En: Revista Criminalidad de la Policía Nacional de Colombia y DIJIN. Vol. 50, No. 2. (Nov., 2008) p. 109.

campo de los derechos fundamentales– que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas⁷⁸.

En ese sentido, las medidas de intervención, en el ejercicio de derechos y función de control de garantías, en el contexto del debido proceso, deben ser acordes con el fin constitucional legítimamente reconocido. Igualmente, el carácter de la prueba, la cual debe ser valorada en el juicio oral e incorporada en forma pública concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el Juez de conocimiento.

Como “La Constitución es para la libertad lo que la gramática es para el lenguaje”⁷⁹ no se desconoce lo difícil que resulta valorar el acervo probatorio del feminicidio bajo esquemas tradicionales que promueven las desigualdades de poder que discrimina y violenta por condición de género. La garantía del derecho de las mujeres a una vida libre de violencias, por condición de género, conforme al deber diligente del Estado Parte de prevenirlas, investigarlas y sancionarlas, evidencia la necesidad de una mejor respuesta judicial, sin impunidad en el servicio público de justicia, desde la calidad ética del Poder Judicial.

78 COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia, C-038/95. M.S.: Alejandro Martínez Caballero.

79 ARAÚJO RENTERÍA, Jaime. Teoría de la Constitución. Bogotá, Primera Edición: Editorial Presencia Ltda. 1996. p. 183.

“La ética judicial y la necesidad de armonizar los valores presentes en la función judicial” (Código Iberoamericano de Ética Judicial, 2004) exigen un esfuerzo acreditado en la búsqueda de la verdad real sintonizada con la verdad procesal para la solución del caso jurídico que interpreta la historia de vida de las mujeres.

En conclusión, como el Derecho resulta ser una institución patriarcal, no se desconoce que transmite, reproduce y custodia manifestaciones sexistas no solo en su normatividad sino en las argumentaciones jurídicas que lo sustentan. Entre otras; Androcentrismo (Ver el mundo desde lo masculino). Insensibilidad de Género (imaginario de que los sexos tienen género). Dicotomismo Sexual (Tratamiento a los sexos como opuestos y no como semejantes). Familismo (Creencia de que la mujer y la familia son sinónimos y sus necesidades e intereses son lo mismo en la función de reproducción).

Las cuales, cobran vigencia en las percepciones e imaginarios de eternos aprendices del Derecho, en diferentes roles desempeñados, filtrándose en la respuesta judicial del Estado, desconociendo garantías procesales especiales a favor de las mujeres-víctimas en la vulnerabilidad de los hechos que las asesinan. La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso del poder, la ONU, aporta un nuevo concepto de víctima;

Son las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder⁸⁰.

⁸⁰ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 40/34 Asamblea General: ONU, Nueva York. 1985.

Reconociendo, que; “La víctima ha pasado por tener un gran protagonismo, ha sido luego neutralizada y en esta etapa moderna ha logrado su resurgimiento o redescubrimiento”⁸¹. Por ello, la actuación procesal debe ser garante del debido proceso en la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de justicia, prevaleciendo el derecho sustancial y sancionando el comportamiento contrario a la Ley. Bien se dice que “La investigación judicial no consiste solo en la recogida de datos y piezas de convicción sino sobre todo en experimentar y producir nuevas fuentes de prueba, de modo que lo que el juez experimenta no son los hechos delictivos objeto del juicio sino sus pruebas”⁸².

En consecuencia, como “Todo contacto deja huella [...] y el tiempo que pasa es la verdad que huye”⁸³ la historia de lo sucedido en la escena del hecho punible de feminicidios se debe registrar con la observancia técnico policial-forense que la reconoce y explora en la realidad del hecho, la descripción del lugar, el registro de hallazgos encontrados y los procedimientos realizados en la valoración integral de características, circunstancias y tipología de referencia como comportamiento violento perpetrado en la interacción final entre víctima/victimario.

Considerar, los elementos de prueba para verificar realmente la intención de dar muerte a una mujer por razón de género simboliza la garantía de justicia que transforma no solo al Derecho Penal sino al Procesal en garantías reales de justicia sin olvidar los cambios de mentalidad que se requiere desde el enfoque de derechos y la perspectiva de género, integrada en los tipos penales que lo componen y en los modelos de investigación y sanción que se requieren.

81 MÁRQUEZ, Álvaro. La víctima y los mecanismos de justicia restaurativa. Bogotá: Ibáñez, 2010. p. 128.

82 FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y Razón”, Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 632.

83 Edmond Locard. Manual de Técnica Policiaca. Barcelona: Editorial Maxtor. 1923.

Para poder identificar si existieron o no razones de género es necesario que el operador judicial tenga en cuenta el “contexto de la muerte, circunstancias de la muerte y disposición del cuerpo, antecedentes de violencia entre víctima y victimario, *modus operandi* y tipo de violaciones, ante y post mortem, relaciones familiares, intimidad, interpersonales, comunitarias, laborales, educativas, o sanitarias que vinculan a la víctima con el victimario, situación de riesgo o vulnerabilidad al momento de la muerte, desigualdades de poder existentes entre víctima-victimario⁸⁴.

Por consiguiente, los hallazgos encontrados en el contenido de encuestas oficiales aplicadas por la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial⁸⁵ y la Procuraduría General de la Nación⁸⁶ en materia de percepción y prácticas sobre igualdad, género y equidad, dejan ver la realidad que no puede ocultar a través del burka ideológico que interpreta al Derecho.

La discriminación y la violencia contra la mujer están a su vez fundados sociológicamente en prejuicios y estereotipos de género que han motivado la idea de la independencia, dominancia, agresividad, e intelectualidad del hombre y de la emotividad, compasión y sumisión de la mujer, situación que ha causado una desafortunada discriminación de las mujeres en roles intelectuales y de liderazgo que históricamente ha sido reforzada mediante la violencia, a través de la agresividad masculina aprendida en la infancia como estereotipo y luego desarrollada como forma de dominación⁸⁷.

A partir de ahí, se cita el caso de la señora Hermelinda Díaz López detenida, acusada y enjuiciada por el homicidio del señor Álvaro

84 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Op. cit., p. 12.

85 COMISIÓN NACIONAL DE GÉNERO DE LA RAMA JUDICIAL Op. cit., p 4

86 Procuraduría General de la Nación. 2008. Recuperada en: <http://www.procuraduria.gov.co/>

87 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335/2013. Op. cit. p.24.

Antonio Ochoa donde se enfatiza la argumentación del indicio de infidelidad y la valoración discriminatoria de las pruebas allegadas al proceso penal en la ausencia de garantías de los criterios de equidad por parte del juzgador.

Los casos de discriminación, por razón de género, bien pueden tener origen en actuaciones judiciales que coloquen en posición desfavorable a la mujer por el hecho de serlo, lo que desconoce el principio de igualdad y, en suma, la axiología que irradia los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos y la propia Constitución. Sin duda alguna, se resquebraja el valor de la igualdad real ante la ley cuando, en el escenario de un proceso judicial, se analiza sesgadamente el material probatorio y, como en el caso de autos, se detiene a una mujer y se le imponen 42 años de prisión, por el homicidio de su cónyuge o compañero, con fundamento en la infidelidad [...] Los jueces, como cultores de la justicia y guardianes del orden jurídico, están llamados a contribuir a la realización de los fines esenciales del Estado y, entre ellos, a combatir la discriminación [...] Solo un análisis discriminatorio, cargado de prejuicios de género, explica que se haya concebido como indicios graves del homicidio del cónyuge la infidelidad de la mujer sindicada.

Identificar los imaginarios, roles y estereotipos de género femeninos y masculinos presentes en la investigación penal como respuesta judicial del Estado es una responsabilidad ética y un deber que corresponde asumir sin aplazamientos.

...el logro de la equidad de género, no es solamente un tema de normatividad, es un tema de interpretación de la norma y del entorno del caso, es un hábito de pensamiento que debe tenerse como referente del trabajo del día a día. Debe reconocerse que no tenemos un pensamiento con perspectiva de género, estamos

aprendiendo a pensar en este sentido, por ello es necesario asumir una evaluación y una evolución interpretativa en esta perspectiva, por ello, muchas veces aunque veamos que existe la norma, lo que no tenemos al final, es una interpretación con perspectiva de género⁸⁸.

Siendo así en contextos del derecho de las mujeres a una vida libre de violencias por condición de género, cobra importancia como garantía del deber procesal que le corresponde al Estado en la tarea de "elaborar el estado de los hechos"⁸⁹ en la debida diligencia y en la consideración ética del goce efectivo, equitativo y seguro de los derechos que trascienden a la muerte.

En lo que respecta, al derecho *post mortem* de las mujeres asesinadas en la garantía del derecho a la verdad en términos de justicia, dignidad, moralidad social y paz pública, exige un tratamiento digno del cadáver, al material orgánico y a la honra, a no ser exhibido, utilizado, ni tratado con menosprecio en la ofensa no solo a los derechos sino a la memoria y reputación de la víctima. La protección jurídica del honor *post mortem*, es decir el respeto a la memoria de las mujeres fallecidas, en relación con la titularidad de sus derechos, obliga a discernir sobre el análisis rutinario de la investigación penal que no deja percibir el carácter tridimensional e interdisciplinar de la escena del hecho punible.

Lo que, implica responsabilidad específica del Estado, en la labor institucional de las autoridades encargadas de la investigación penal, de las diligencias de carácter técnico-científico y de la valoración de elementos materiales probatorios, evidencias físicas y/o material probatorio en el contexto del discurso racional del patriarcado.

⁸⁸ COMISIÓN NACIONAL DE GÉNERO DE LA RAMA JUDICIAL. Op. cit., p. 13.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 14.

La proyección, del sufrimiento humano situado en la escena del hecho punible y en los procedimientos judiciales en el recaudo probatorio que individualiza al autor del hecho punible, determina la existencia del sufrimiento y fortalece la teoría del caso, indicando la falta de entrenamiento sensible, desde una perspectiva de género, del personal que cumple funciones de policía judicial.

Lo que en últimas, también desconoce los deberes de los vivos para con los muertos. Como nuevo elemento a considerar en la mirada crítica al Derecho. Por lo cual, surge la propuesta del diseño e implementación de protocolos específicos con la intencionalidad de evitar la impunidad revelada en la respuesta judicial del Estado.

Desde mi punto de vista, lo que concebimos como el género humano abarca no solo a los seres vivos-titulares de derechos humanos sino también a los muertos (con su legado espiritual). El respeto por los muertos de hecho se debe a las personas de los vivos. La solidaridad humana tiene una dimensión más amplia que la solidaridad puramente social, por cuanto se manifiesta también en los lazos de solidaridad entre los muertos y los vivos... El respeto a los muertos se debe, así, en los planos de ordenamientos jurídicos tanto interno como internacional, - en las personas de los vivos⁹⁰.

En ese sentido, corresponde tomar posición desde el lugar ocupado y la intencionalidad demostrada, es decir, desde la "posicionalidad" como práctica cotidiana, voluntad política y ejercicio jurídico. Por ello, en el abordaje integral de la investigación penal del feminicidio se debe incluir el enfoque de género para visibilizar también las desigualdades sistémicas como factores de riesgo que se incrementan por vulnerabilidad y revictimización.

⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Caso Bámaca Velásquez. Juez: Carlos Vicente de Roux Rengifo. Washington.

De lo contrario, el feminicidio resultaría ser “un tipo penal simbólico desprovisto de eficacia, lo cual convertiría los bienes jurídicos que tutela en una protección de papel”⁹¹. “Para imponer sanciones penales, no basta que la ley describa el comportamiento punible sino que además debe precisar el procedimiento y el juez competente para investigar y sancionar”⁹².

ESTUDIOS DE DERECHO COMPARADO A LA LUZ DE LA NORMATIVIDAD DE COLOMBIA, BRASIL, PARAGUAY Y MÉXICO

El presente estudio, micro-comparativo, surge desde el interés del Derecho comparado por realizar un cotejo entre sistemas jurídicos que incluyen el tipo penal de feminicidio. Desde el criterio de comparación (*tertium comparationis*), el estudio se hace sobre la base de dos documentos, productos de investigación; el primero en las voces de las docentes-investigadoras; María Guadalupe Ramos Ponce⁹³, Universidad de Guadalajara-México, Elba Beatriz Núñez Ibáñez⁹⁴, Universidad Nacional de Asunción-Paraguay y Marina E. López Sepúlveda, Universidad del Atlántico-Colombia. El segundo, en la voz de la egresada del Programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico, D’onofrio Flórez, Lina⁹⁵ (2016) como experiencia significativa desarrollada en la Facultad de

91 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia, C-297/16. Op. cit., p. 18

92 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-592/05. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

93 Docente investigadora del Centro Universitario de la Ciénega de la Universidad de Guadalajara, México. Investigadora del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) Nivel I. Defensora de los Derechos Humanos de las Mujeres.

94 Docente investigadora del Instituto de Trabajo Social y encargada de la cátedra de Políticas Sociales II. Universidad Nacional de Asunción, Paraguay. Defensora de Derechos Humanos de las mujeres. Coordinadora Regional de CLADEM.

95 Mujer empoderada, ciudadana distinguida por un alto rendimiento académico y dedicación al estudio, becaria por promedio académico durante los estudios de secundaria y universitarios. En el año 2013 acreedora de una beca del Servicio de Intercambio Alemán, DAAD, para realizar un curso internacional de verano “Deutsch für Juristen” en la Universidad de Münster. Vinculada al Semillero de Investigación “Derecho y Género” del Grupo “Mujer, Género y Cultura” de la Universidad del Atlántico. Con experiencia de investigación internacional. Experiencia profesional con el sistema de Naciones Unidas como pasante del Programa Manos a la Paz en el Municipio de Almaguer, Cauca, en el área de Gobernabilidad Territorial.

Derecho, Integrada de Aracruz en Brasil y registrada en el trabajo de investigación de la tesis para optar el título de abogada.

VIOLENCIA DE GÉNERO Y FEMINICIDIO; TRES ESCENARIOS EN AMÉRICA LATINA: MÉXICO, COLOMBIA Y PARAGUAY

La violencia de género y el feminicidio como una forma grave de violación de los derechos humanos en México, Colombia y Paraguay, parte de la premisa de que el asesinato de mujeres por razones de género es una forma extrema de violencia homologable a un acto de barbarie y su práctica revela una sociedad históricamente patriarcal, desigual que reproduce la subordinación del cuerpo y la vida de las mujeres. Su práctica está legitimada en la sociedad y respaldada por la impunidad. A pesar de la ratificación de los instrumentos y estándares internacionales de derechos humanos y los avances normativos nacionales en México y Colombia, existen vacíos significativos en políticas públicas de prevención de las violencias de género en estos países. Paraguay ha sido uno de los países que recientemente, aprobó una Ley de protección contra la violencia hacia las mujeres. Todavía existe una gran brecha en la adecuación de las leyes de acuerdo a los estándares así como también en su cumplimiento a través de políticas públicas que prevengan, sancionen y erradiquen la violencia contra las mujeres. Asegurar el derecho de las niñas y mujeres a vivir una vida libre de violencia debe ser prioridad en los Estados de la región.

EN LA REALIDAD DE MÉXICO

En el año 2007 se publicó la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, única en su tipo en toda América Latina y el Caribe... Uno de los grandes aportes de la mencionada Ley de Acceso, es la inclusión de un mecanismo innovador en su artículo 22: la Alerta de Violencia de Género (AVG), que es un conjunto de acciones gubernamentales de emergencia para enfrentar y erradicar

la violencia feminicida, en un territorio determinado, ya sea ejercida por individuos o por la propia comunidad.

EN LA REALIDAD DE PARAGUAY

La fuerte influencia fundamentalista religiosa y el sistema patriarcal imperante, juega un rol fundamental para reproducir y justificar la violencia contra las mujeres. Como diría el Martillo de las Brujas, para golpear a las brujas con poderosa masa, *“La ley divina en muchos lugares manda no sólo a huir de las hechiceras, sino también matarlas”*⁹⁶. Esta influencia históricamente se reflejó en la legislación, por ejemplo en el Código Penal de Paraguay, que eximía al cónyuge por asesinar a su mujer en caso de adulterio; esto es, antes de la reforma del Código Penal⁹⁷, los hombres podían asesinar a sus parejas si las encontraban en adulterio con otro hombre que no fuera su cónyuge. El adulterio de la mujer se castigaba siempre y se exculpaba al hombre del asesinato, estaba tipificado como delito contra el orden de las familias y las buenas costumbres; y el bien jurídico protegido era el honor por sobre el derecho a la vida.

ANÁLISIS COMPARATIVO DEL TIPO PENAL DE FEMINICIDIO EN LA LEGISLACIÓN DE BRASIL Y COLOMBIA DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICO FEMINISTA

“En las últimas dos décadas en América Latina y el Caribe la lucha por la reivindicación de los derechos humanos de segunda y tercera generación de las mujeres se ha visto reflejada en avances sustanciales y de gran importancia para el reconocimiento de las mujeres como sujetas de derechos, especialmente de derechos humanos como es el que tienen todas las mujeres a una vida libre de violencias, reconocido

96 KRAMER, Enrique y SPRENGER, Jakob. *Malleficarum, Malleus. Martillo de las brujas para golpear a las brujas y sus herejías con poderosa masa*. Barcelona: Círculo latino, S. L. Editorial. 2005. p. 38.

97 Reforma penal del año 1997.

por la Convención Belém do Pará en 1994. De la protección de los derechos humanos de las mujeres en el marco internacional y regional se originaron normas en el ordenamiento interno de los diferentes países del hemisferio sur y el Caribe que tuvieron como propósito erradicar, prevenir y sancionar la violencia contra la mujer.

Algunos optaron y lograron al unísono adentrar en sus ordenamientos penales, el homicidio de una mujer por su condición de ser mujer o por su identidad de género como femicidio/feminicidio, conducta típica que tiene como móvil la misoginia hacia las mujeres por parte de quien perpetúa la conducta delictual, y vulnera el principal derecho humano, la vida de la mujer.

Otros países por su parte, debieron esperar hasta las denominadas leyes de tercera generación para tipificar el feminicidio dentro del ordenamiento jurídico, como el caso de Brasil que pasó también, a ser el decimoquinto país en adoptar una ley que tipifica el feminicidio dentro del ordenamiento penal, como un delito derivado del homicidio, a diferencia de Colombia que a través de la Ley Rosa Elvira Cely que entró al grupo de países que lo tipificó como un delito autónomo. Como producto de una investigación en Brasil y a partir de la experiencia académica en Colombia, realizó un análisis comparativo del tipo penal de feminicidio, en aras de comprender desde la normatividad la problemática del feminicidio en ambos países”.

Desde esa mirada, el estudio revela que;

Hasta mediados de 2014, entre los países iberoamericanos que incorpora el femicidio/feminicidio como delito autónomo, en sus legislaciones internas, se encuentre hasta el momento, Bolivia

(2013), Chile (2010), Costa Rica (2007), Guatemala (2008), El Salvador (2010), Perú (2013), Nicaragua (2012) y estados de México⁹⁸.

Las normas que refieren al delito del asesinato de mujeres, varían de país a país, tanto en lo sustantivo como en lo formal. Inicialmente existe una diferencia en la denominación del delito; Chile, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua lo nominaron femicidio, mientras que en El Salvador, México y Perú, feminicidio. Por otra parte, no existe una técnica jurídica, ni tampoco una tipología del femicidio/feminicidio unísona en América Latina, países como Chile y Perú optaron por la reforma del delito de parricidio en su Código Penal; por su parte México catalogó el feminicidio como un tipo penal independiente; en estos países para la aplicación e interpretación del femicidio/feminicidio se recurre a las disposiciones de los códigos sustantivos y procesales. Por otra parte El Salvador, Guatemala y Nicaragua optaron por la adopción de leyes integrales y especiales, donde se incorpora el femicidio/feminicidio e incluso se dictan disposiciones para la creación de institutos procesales especiales⁹⁹. A la fecha más países se han unido a la lista de quienes han tipificado el feminicidio, tal es el caso de Colombia y Brasil, quienes durante el año 2015 promulgaron una ley especial para tipificar el feminicidio; Ley 1761 de 6 de julio de 2015 y Ley No. 13.104 de 9 de marzo de 2015 respectivamente.

En Brasil, el feminicidio como circunstancia cualificadora del homicidio, se encuentra normativamente dentro de la parte especial del Código Penal, Título I "Dos crimes contra a pessoa" [Delitos contra la persona], Capítulo I "Dos crimes contra a vida" [Delitos contra la vida], por

98 MAIBASHI GEBRIM Luciana, BORGES CORREA, Paulo César. Violencia de Genero. Tipificar ou não o femicidio/feminicidio? En: Revista de Informação Legislativa. Año 51. No. 202 (Abr.-Jun., 2014). p. 59

99 VÍLCHEZ, Ana. La regulación del delito de femicidio/ feminicidio en America Latina y el Caribe. Ciudad de Panamá: Campaña del Secretariado General de las Naciones Unidas "UNETE". 2012. p. 63.

consiguiente si la conducta sancionada es causar la muerte a alguien, el bien jurídico tutelado es la vida”. “En términos generales la Ley Rosa Elvira Cely en Colombia es una norma que estipula circunstancias diversas, inclusivas y bastante amplias para que se considere un hecho delictuoso como feminicidio a diferencia de la Ley 13.104 del 2015 en Brasil que únicamente contempla dos circunstancias para que se considere feminicidio. Mientras el legislador colombiano se esmeró en detallar hechos que deben anteceder el acto delictual, el legislador brasilero lo estipuló de manera general, interpretación que deberá realizarse subsidiariamente con la Ley Maria da Penha.

CONCLUSIÓN

La conducta punible del feminicidio en el contexto del deber de debida diligencia del Estado parte, compromete la respuesta judicial del Estado en su obligación de prevenir, investigar y sancionar las violencias contra las mujeres por su condición de género en términos de garantías reales del derecho a una vida libre de violencias.

Lo que, implica recursos judiciales oportunos y efectivos en la garantía de acceso a la justicia. Sin desconocer, la necesidad urgente de juzgar con perspectiva de género, proporcionar actuaciones propias en la asistencia técnico legal prioritaria e inmediata, desde el enfoque de derechos y la perspectiva de género, suministrar investigaciones penales imparciales que tengan en cuenta el incremento de riesgo en las mujeres por su condición de género.

Es por ello, que el Estado tiene una deuda pendiente con las mujeres por el daño causado en vida o *post mortem*. Ante lo cual, surgen compromisos internacionales en materia de Derechos Humanos que le corresponde cumplir diligentemente.

La decisión política de tipificar el feminicidio simboliza la voluntad política del legislador con la finalidad de penalizar el *animus necandi*

del agresor como factor de riesgo para las mujeres. Es decir, su «deseo de asesinar», de ejercer acción con daño y obtener los resultados fatales en los pasos del *Iter Criminis* (ideación, preparación de medios, ejecución del acto típico y consumación del delito).

Definitivamente, frente al feminicidio se deben aplicar los criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género señalados por la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial-CNGRJ--2011¹⁰⁰ como política de género. Entre ellos; los criterios orientadores para determinar si se está o no ante un caso de género, los relacionados con el procedimiento judicial y la decisión penal, desde la equidad de género en la garantía de justicia para las mujeres.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILÓ, Josep. Tener una constitución, darse una constitución y vivir en constitución. En: ISONOMÍA. No. 28. (Ene.-Abr., 2008). p. 67-86.

AMORÓS PUENTE, Celia & QUESADA CASTRO, Fernando. Las mujeres como sujetos emergentes en la era de la globalización: nuevas modalidades de violencia y nuevas formas de ciudadanía. Madrid: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad del Gobierno de España; Instituto de la Mujer. 2011. 430 p.

ARAÚJO RENTERÍA, Jaime. Teoría de la Constitución. Bogotá, Primera Edición: Editorial Presencia Ltda. 1996. 226 p.

ATIENZA, Manuel. El Derecho como argumentación. Barcelona: Ariel. 2006.

BARATTA, Alessandro. El paradigma de género. De la cuestión criminal a la cuestión humana. En: HEIN DE CAMPOS, Carmen: Criminología y Feminismo. Porto Alegre, Sulina, 1999. p.39-83.

¹⁰⁰COMISIÓN NACIONAL DE GÉNERO DE LA RAMA JUDICIAL. Op. cit., p. 16

- BARRETO NIETO, Luis Hernando & RIVERA, Sneider. Una mirada a la Impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia. Bogotá: Milla Ltda., 2009. 374 p.
- BOAVENTURA DE SOUSA, Santos, "Introdução: para Ampliar o Cânone do Reconhecimento, da Diferença e da Igualdade". En: Boaventura de Sousa, Santos. "Reconhecer para Libertar: os Caminhos do Cosmopolitanismo Multicultural,": Río de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003. p. 25-68.
- CANÇADO Trindade, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: S.A. Fabris Ed. 2003: pág. 362-373), vol. III.
- CASTRO SALDANA, Jesús Alberto & APARICIO BARRERA, Juan. La investigación criminal y el esclarecimiento de un hecho punible. En: Revista Criminalidad de la Policía Nacional de Colombia y DIJIN. Vol. 50, No. 2. (Nov., 2008) p. 103-116.
- CLADEM. ¿Es conveniente contar con una figura penal sobre feminicidio/femicidio? Buenos Aires, 2011. 11 p.
- COMISIÓN NACIONAL DE GÉNERO DE LA RAMA JUDICIAL. Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género. Bogotá: ESCALA S.A., 2011. 80 p.
- CONTRERAS TAIBO, Lorena. Factores de riesgo de homicidio de la mujer en la relación de pareja. En: Universitas Psychologica. Vol. 13. No. 2. (Abr.-Jun., 2014) p. 15-26.
- Código Iberoamericano de Ética Judicial (2004). Recuperado en: <http://www.poderjudicial.gob.hn/CUMBREJUDICIALIBEROAMERICANA/Documents/CodigoEtico.pdf>
- D'ONOFRIO FLÓREZ, Lina. Análisis comparativo del tipo penal de feminicidio en la legislación de Brasil y Colombia desde una perspectiva jurídico feminista". Tesis de Grado para optar el título de

abogada como egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico. 2016.

DE LAURETIS, Teresa Alice. Doesn't. feminism, semiotics, cinema, indiana University Press, Bloomington. Traducción al español: Alicia (1992). Feminismo, Semiótica, Cine, Cátedra, Madrid. (1984),

EMMENEGGER, Susan. Perspectivas de género en Derecho. En: HURTADO POZO, José: Anuario de Derecho Penal: Derecho penal y discriminación de la mujer. No. 1999-2000. Lima: Universidad Católica del Perú y Université de Fribourg, 2000. p. 37-48.

FACCHI, Alessandra. El pensamiento feminista sobre el Derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl. En: Revista Sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires. Año 3, No. 6, Primavera. (2005) p. 27-47.

FACIO, Alda. Las mujeres y la Corte Penal Internacional. La Corte Penal Internacional y los países andinos. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. 2001. p. 6.

FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y Razón", Madrid: Editorial Trotta, 2000, 1024 p.

FULLER, Norma. La perspectiva de género y la criminología: una relación prolífica. Artículo producto de la investigación sobre género, interculturalidad e identidad, adelantada en la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2008. Recuperada en: <http://www.revistatabularasa.org/numero-8/fuller.pdf>

GARITA VÍLCHEZ, Ana Isabel (SF). La Regulación del delito de Femicidio/Feminicidio/ en América Latina y el Caribe. Panamá. Recuperado en: http://www.un.org/es/women/endviolence/pdf/reg_del_femicidio.pdf

- GARCÍA, AMADO, Juan Antonio. ¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la Teoría Feminista del Derecho. En: Anuario de Filosofía del Derecho. No. 9. (1992) p. 13-42.
- GIDDENS, Anthony. La constitución de la sociedad. Bases para la teoría de la estructuración. Buenos Aires: Amorrortu Editores: 1995. 412 p.
- Grupo de investigación Mujer, Género y Cultura U.A. Diagnóstico de las Políticas Públicas de las Mujeres en el Distrito de Barranquilla para el fortalecimiento de la Red del buen trato. Impreso por Fundación cultural Javeriana de Artes Gráficas- Javegraf. Bogotá. 2010.
- JANIK, Allan y TOULMIN, Stephen. La Viena de Wittgenstein. Madrid: Taurus, 2001. 373 p.
- KRAMER, Enrique y SPRENGER, Jakob. Malleficarum, Malleus. Martillo de las brujas para golpear a las brujas y sus herejías con poderosa masa. Barcelona: Círculo latino, S. L. Editorial. 2005. 445 p.
- KUNZ, Ana y CARDINAUX Nancy. Investigar en derecho, Buenos Aires, Eudeba. 2014.
- LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela. Femicidio: una perspectiva global. Colección Diversidad Feminista. Coedición CEIICH-UNAM/Comisión Especial para Conocer y dar Seguimiento a las Investigaciones. 2006. Recuperado en: http://www.ceiich.unam.mx/0/51LibFic.php?tblLibros_id=291
- LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela. Pacto entre mujeres. Sororidad. Madrid: Celem, 2006. p. 123-135.
- LÓPEZ, Marina. Derecho-Género-Justicia: Una propuesta sensible e incluyente a los dominios masculinos del ordenamiento jurídico. Casa Editorial Ibáñez Bogotá. 2014.

MACKINNON, Catharine. Hacia una teoría feminista del Estado. Madrid: Cátedra S.A., 1995. 446 p.

MAIBASHI GEBRIM Luciana, BORGES CORREA, Paulo César. Violencia de Genero. Tipificar ou não o femicídio/feminicídio? En: Revista de Informação Legislativa. Año 51. No. 202 (Abr.-Jun., 2014). p. 59-75.

MÁRQUEZ, Álvaro. La víctima y los mecanismos de justicia restaurativa. Bogotá: Ibáñez, 2010. 328 p.

MIGNOLO, Walter. Las geopolíticas del conocimiento y colonialidades del poder En: Revista Polis. Vol. 1 No. 4. (2003) 23 p.

MOTTA, Cristina & Rodríguez, Marcela. Mujer y Justicia: El caso argentino. Serie de informes del Fondo de Apoyo Operativo de Género No. 3. Washington: Banco Mundial, 2000. 42 p.

ONU MUJERES. El progreso de las Mujeres en el Mundo. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas, 2011. 155 p.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Convención CEDAW. (18, septiembre, 1979). Asamblea General de las Naciones Unidas.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. Convención Belem Do Para. Belém, Brasil: (06, septiembre, 1994), Vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

PRIETO SANCHÍS, Luis. La filosofía penal de la Ilustración. Ciudad de México: Palestra Editores, 2007. 208 p.

- PULEO Alicia. El concepto de género como hermenéutica de la sospecha: de la Biología a la Filosofía Moral y Política. En: Arbor, Vol. 189, No. 763. (Sep.-Oct., 2013). p. 1-10.
- Rama Judicial-Comisión Nacional de Género. Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género, Bogotá. 2011. 2ª edición,
- RAMOS PONCE, María Guadalupe, NÚÑEZ IBÁÑEZ, Elba Beatriz y LÓPEZ SEPÚLVEDA, Marina Esperanza. Violencia de Género y Feminicidio; Tres Escenarios en América Latina: México, Colombia y Paraguay. 2017.
- RADFORD, Jill & RUSSELL, Diana. Feminicidios: La política del asesinato de mujeres. Ciudad de México: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México/Comisión Especial Seguimiento Feminicidios. 2006. 716 p.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. Sociología jurídica crítica, Madrid, Trotta. 2009.
- SMART, Carol "la Mujer en el Discurso Jurídico" en Elena Larrauri (comp.), Mujer, derecho penal y criminología. Madrid. Siglo Veintiuno. 1994
- TORRES ROMERO, Sandra. Aproximación al fenómeno de la retractación en las causas de violencia intrafamiliar. En: Revista de Derecho. Vol. 26. No. 1. (Jul.-Dic., 2013). p. 167-180.
- TOULMIN, Stephen. "The uses of argument". Cambridge: Cambridge University Press. 2003, 251 p.
- VERGEL TOVAR, Carolina. El concepto de justicia de género: teorías y modos de uso. En: Revista de Derecho Privado. No. 21. (Jul.-Dic., 2011) p. 119-146.

VÍLCHEZ, Ana. La regulación del delito de femicidio/ feminicidio en América Latina y el Caribe. Ciudad de Panamá: Campaña del Secretariado General de las Naciones Unidas "ÚNETE". 2012. 118 p.

WARREN, Mary Anne. Gendercide: the implications of sex selection. Totowa: Rowman & Allanheld, 1985. 209 p.

NORMAS CITADAS

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA: Ley 248 (29, diciembre, 1995) Por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belem Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994. Diario Oficial Bogotá D.C., 1995. No. 42.171. p. 1-7.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 51 (02, junio, 1981) Por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980. Diario Oficial, Bogotá D.C., 1981. No. 35794. p. 1-16.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 95 (24, abril, 1936) Sobre Código Penal. Diario Oficial, Bogotá D.C., 1936, No. 23316. p. 1-66.

JURISPRUDENCIA CITADA

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sentencia No. 20001-23-31-000-2000-00567-01(24093) de Consejo de Estado - Sección Tercera, de 29 de Agosto de 2012. M.P.: Stella Conto Díaz del Castillo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. C-225 de 1995. José Gregorio Hernández Galindo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-804/2006.
M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-059 de 2005.
M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-355 de 2006.
MM.PP.: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-776 de 2010.
Pte.: Mauricio Gonzáles Cuervo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335/2013.
M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-297/16. M.P.:
Gloria Stella Ortiz Delgado.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-496/2008. M.P.:
Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-878 de 2014.
M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-967/2014. M.P.:
Gloria Stella Ortiz Delgado.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,
Radicación 30801 de 2010. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. Washington, 2009

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Jessica Lenahan-2011. INFORME No. 80/11CASO 12.626.21 de julio de 2011. Washington, 2011.

LA POLÍTICA CRIMINAL EN BARRANQUILLA: UN ENFOQUE LOCAL DE LA TEORÍA ECONÓMICA DEL DELITO

THE CRIMINAL POLICY IN BARRANQUILLA: A LOCAL APPROACH TO THE ECONOMIC THEORY OF CRIME

JAIRO ANTONIO CONTRERAS CAPELLA¹

¹ Post Doctor en Procesos Sintagmáticos de la Ciencia y la investigación; Post Doctor en Gerencia Pública y Gobierno; Post Doctor en Derechos Humanos; Doctor en Educación. Doctor en Derecho (C); Doctor en Ciencias Económicas(C); Maestría en Administración de Empresas (MBA); Especialización en Administración Pública; Especialización en Tributación; Especialización en Estudios Pedagógicos; Abogado; Economista; Contador Público; Diplomado en Gobierno y Gestión Pública; Diplomado en Gerencia de Salud y Seguridad Social; Diplomado en Metodología de la Investigación; Diplomado en Cultura Caribe; Diplomado en Investigación: Formulación y Gestión de Proyectos; Diplomado en Consultoría Empresarial; Diplomado en Inglés Como Segunda Lengua. Vinculado al Centro de Investigaciones "Luis Eduardo Nieto Arteta" Facultad de Ciencias Jurídicas, Programa de Derecho, Universidad del Atlántico; Docente Titular de Carrera investigador de jornada media Universidad Libre Seccional Barranquilla; docente catedrático Universidad Autónoma del Caribe. Líder del Grupo de investigación INVIUS, categoría A Colciencias, grupo de investigación dentro de los mejores 50 grupos de investigación en Apropiación Social del Conocimiento, Circulación del Conocimiento Especializado (entre 4.000 grupos de investigación en Colombia). Ver: <http://www.sapiensresearch.org/ascsapiens/grupos>. Docente del Doctorado en Ciencias Económicas de la Universidad del Zulia. Docente Doctorado en Administración, Universidad Simón Bolívar. Ponente en la mesa de trabajo Constitucional (1991). Presidente de la Junta Central de Contadores, Zona Norte (Colombia). Egresado Destacado Universidad Autónoma del Caribe 2006. Par Académico del Ministerio de Educación Nacional (MEN) (Colombia). Tel (+57) 3008087481- Skype: jotauno2010 - Twitter: @jconcapella Correo Electrónico: jotauno2005@yahoo.com - jairocontrerascapella@gmail.com

Resumen

El objetivo del capítulo es presentar una perspectiva de la política criminal en el Distrito de Barranquilla, analizada en el marco de la denominada teoría económica del delito de Gary Becker, premio nobel de economía (1992); así, el ejercicio investigativo mencionado, se abordó desde una óptica local de actuación de las instituciones encargadas de combatir el crimen en la mencionada ciudad ubicada en el Caribe Colombiano. La investigación realizada es de carácter interdisciplinar, de naturaleza exploratoria descriptiva. Se realizó a partir de un enfoque teórico-metodológico cualitativo que hizo hincapié en el análisis documental de textos. A su vez, se aplicó el análisis de contenido cualitativo para interpretar el material analizado y establecer inferencias, profundizando en el contexto social donde se desarrolla la política criminal objeto de análisis. Como resultado fue posible definir los ámbitos de la política criminal, las instituciones asociadas, la dimensión local, la relación teoría-práctica entre factores y entes estatales, la connotación institucional y ética del fenómeno analizado. Se concluyó que los direccionamientos de las dimensiones anteriores constituyen un esfuerzo inscrito en la visión de fortalecer el sentido de pertenencia ciudadana mediante la articulación eficiente de los recursos disponibles, de las destrezas y saberes con que cuenta la comunidad local frente a la lucha contra el delito.

Palabras clave: política criminal, teoría económica del delito, programas de derecho, Distrito Judicial de Barranquilla.

Abstract

The objective of the chapter is to present a perspective of criminal policy in the District of Barranquilla, analyzed in the framework of the so-called economic theory of crime of Gary Becker, Nobel prize for economics (1992); thus, the aforementioned investigative exercise was approached from a local perspective of action by the institutions responsible for combating crime in the aforementioned city located in the Colombian Caribbean. The research carried out is of an interdisciplinary nature, of descriptive exploratory nature. It was made from a qualitative theoretical-methodological approach that emphasized the documentary analysis of texts. At the same time, the qualitative content analysis was applied to interpret the material analyzed and establish inferences, deepening in the social context where the criminal policy object of analysis is developed. As a result it was possible to define the areas of criminal policy, associated institutions, the local dimension, the theory-practice relationship between factors and state entities, the institutional and ethical connotation of the analyzed phenomenon. It was concluded that the directions of the previous dimensions constitute an effort inscribed in the vision of strengthening the sense of citizen belonging through the efficient articulation of available resources, skills and knowledge available to the local community against the fight against crime.

Keywords: criminal policy, economic theory of crime, law programs, Judicial District of Barranquilla.

INTRODUCCIÓN

La lucha contra el crimen constituye un conjunto de acciones en la cual se involucran actores como el Estado a través de instituciones, unas de naturaleza pública y otras de naturaleza privada; tienen en común que son actores responsables del orden público, la prevención seguridad, y la defensa. En este sentido se destaca el poder judicial y el Ministerio de Justicia y el Derecho. Le corresponde al Estado la mayor responsabilidad en el delineamiento, diseño, planeación, ejecución y control de la Política Criminal. Lo anterior, teniendo en cuenta la responsabilidad derivada del artículo dos de la Constitución Política:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares².

Un estudio integral del crimen y de la política criminal ha de considerar la dinámica de la delincuencia y las políticas públicas tendientes a enfrentarla; el rol del Estado –central y descentralizado– y especial-

2 COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Bogotá: Editorial Cupido, artículo 2.

mente de la ciudadanía frente al delito, ha de ser tenida en cuenta; en igual sentido el funcionamiento del sistema penitenciario y la justicia penal. Corresponde a la política criminal ejercitar el mandato constitucional y legal frente a los comportamientos socialmente reprobables, dicho ejercicio se realiza mediante una constelación definida de medidas de naturaleza jurídica, social, cultural e institucional.

Por lo anterior, se consideró importante analizar la dinámica de los actores, organizaciones e instituciones involucradas en la política criminal, de tal manera que trascienda los tres momentos o quehaceres involucrados en el concepto de política criminal: el quehacer primario de definición normativa (sustancial) del delito; el secundario relacionado con los instrumentos legales de aplicación normativa (procesal); y el terciario, asociado a la ejecución de las sanciones penales³. Se realizó así un esfuerzo investigativo al involucrar en la política criminal de manera expedita, aspectos de prevención (antes de la comisión de la conducta socialmente reproducible); y aspectos del resarcimiento (resocialización del delincuente) asociado al quehacer propio del restablecimiento de conductas socialmente reprobables con el fin de evitar su repetición.

El análisis por tanto va más allá del examen a la gestión individual de una entidad, organismo o institución encargada, socialmente, de sancionar y/o prevenir conductas delictivas. Se precisa, además, evaluar cómo se articula y estructura el esquema colectivo de actuación de esas entidades, y cómo se involucra el talento humano, así como los recursos técnicos, financieros e institucionales comprometidos en el fin mencionado y expresada a través de la política criminal de naturaleza pública.

³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-646/01. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

La investigación se propuso identificar vínculos entre la conducta del delincuente con el “modelo económico del crimen” en un contexto local de actuación de la delincuencia, pero también de las instituciones involucradas; es decir, se ejerció precisar elementos de la ecuación inherentes a la política criminal en Barranquilla, tales como las instituciones de naturaleza pública o privada orientada a combatir el crimen, el tipo de conducta delictiva, la pena o el castigo asociado, y el contexto histórico y ético en que se estructura la mencionada ecuación. Con base en lo anterior fue posible acercarse a precisar el perfil, la naturaleza y modalidad de la política criminal, en tanto política pública, orientada a prevenir y reprimir el delito.

La anterior perspectiva no implicó un punto final en el recorrido por averiguar la génesis, el desarrollo y la prospectiva del delito desde la óptica de la teoría económica, sino por el contrario, constituye un punto de inflexión, que deja abierta más preguntas e inquietudes que las resueltas en esta gesta investigativa.

DISEÑO DE LA POLÍTICA CRIMINAL

Política criminal en Colombia: definición, dimensiones, fases de criminalización⁴

Definición

La política criminal es en primer lugar una política pública encaminada a contrarrestar los hechos o fenómenos considerados por la ley penal como delitos (tipicidad). El modelo de gestión utilizado para atacar la conducta criminal involucra acciones de prevención, medidas de control, operatividad investigativa y ejercicio sancionador a la

⁴ OBSERVATORIO DE POLÍTICA CRIMINAL. Citado por el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Sistema de estadísticas en justicia. 2002. p. 1.

conducta criminal; pero además implica la atención jurídica a las víctimas (derechos implícitos) y el tratamiento científico a los condenados (resocialización).

Es esta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además, puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica⁵.

⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-646/01. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Dimensiones de la Política criminal

La política criminal en Colombia está constituida por dimensiones, tales como: social, jurídica, económica, cultural, administrativas y tecnológicas; así se desprende de la Sentencia de la Corte Constitucional C-646/01⁶.

La dimensión social

Esta dimensión de la política criminal, hace referencia al grado de involucramiento de los habitantes de un ente territorial respecto a la responsabilidad social/solidaridad incluidas las alertas tempranas generadas desde las comunidades frente al rechazo de conductas consideradas dañinas y tipificadas como delito en la ley (tipicidad). El ejemplo es “como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito”⁷.

La dimensión jurídica

Se asocia a la adecuación de las normas jurídicas a los usos y costumbres, generando modificaciones de los tipos legales penales, “como cuando se reforman las normas penales”⁸.

La dimensión económica

Es aquella que contribuye a diseñar y configurar un sistema de estímulos / desestímulos asociados a conductas socialmente probables, “como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables”⁹.

6 *Ibíd.*, p. 12

7 OBSERVATORIO DE POLÍTICA CRIMINAL. Op. cit. p. 1

8 *Ibíd.*, p. 2

9 *Ibíd.*, p. 2

La dimensión cultural

Constituye un conjunto de pareceres, creencias y preferencias que se dan de manera natural en la convivencia de las comunidades, fruto de procesos deliberados orientados a direccionar el comportamiento comunitario, "como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social"¹⁰.

La dimensión administrativa

Es aquella que se desarrolla a partir del interés por ejercer una gestión de gobierno que planifique, organice, ejecute, controle y proteja las actividades y los recursos asociados a la seguridad de la comunidad, "como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria"¹¹.

La dimensión tecnológica

Constituye un esfuerzo por conciliar el entorno real con avance de la ciencia y la técnica, "como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica"¹².

Fases de la criminalización

El Estado colombiano en el proceso de construcción de la política criminal, como política pública, adopta medidas encaminadas a contrarrestar el comportamiento criminal que pone en peligro el bien jurídicamente protegido. En el proceso de construcción de políticas se contempla en la Sentencia de la Corte Constitucional C-646 de

10 *Ibid.*, p. 2

11 *Ibid.*, p. 3

12 *Ibid.*, p. 3

2001, y por parte de la Comisión Asesora de Política Criminal, tres fases de criminalización: la primaria, la secundaria y la terciaria.

Criminalización primaria: Define un comportamiento como delito, es decir, es el momento de definición legislativa de los delitos y las penas.

Criminalización secundaria: Corresponde a la determinación de un individuo como responsable de un crimen ya establecido por la ley, que es el problema de la judicialización o investigación criminal de los hechos punibles.

Criminalización terciaria: Corresponde a la ejecución y cumplimiento de la sanción penal por parte de una persona declarada responsable de un crimen, que es la fase de ejecución penitenciaria.

Adicionalmente, se ha considerado que es posible establecer una fase cero de la política criminal, que estaría concentrada en la prevención de los fenómenos de criminalidad a través de mecanismos distintos a los sistemas penales¹³.



Ilustración 1. Fases de la criminalización de la política criminal

Fuente: Elaborado por el Observatorio de Política Criminal, 2016

¹³ *Ibíd.* p. 3

POLÍTICA CRIMINAL Y TEORÍA ECONÓMICA DEL DELITO: DE LA PERSPECTIVA GENERAL A LA PERSPECTIVA LOCAL

Modelo Económico del crimen

Constituye un modelo de comportamiento delictivo, basado en los trabajos del premio Nobel de Economía (1992), Gary Becker, a quien se le reconoce por ampliar la cobertura del análisis microeconómico a ámbitos de la conducta humana no vinculada al mercado. Sostuvo que los individuos actúan de manera racional, llegando a investigar dicho supuesto en cuatro ejes de análisis: a) capital humano, b) criminalidad, c) discriminaciones por raza y d) comportamiento de las familias. Para el caso de la criminalidad, establece una relación costos beneficio de las actividades delictivas. Afirmó que cuando disminuyen los costos de delinquir o se reduce la probabilidad de ser capturado o disminuyen las sanciones, aumentan los beneficios netos de cometer un crimen, y cuando esos beneficios son superiores a los valores morales, se incentiva la actividad criminal.

Enfoque Económico del delito

La heterogeneidad de las situaciones relacionadas con la conducta criminal del hombre ha provocado que varias disciplinas (distintas a la economía) como la filosofía, la biología, la psicología y la sociología se hayan ocupado de este tema. Desde la anterior perspectiva, conviene repasar brevemente lo que ha sido el enfoque "clásico" de la teoría del crimen para luego presentar con mayor detalle el enfoque económico del crimen.

El Enfoque Clásico

En la tradición clásica, encarnada principalmente por Thomas Hobbes (1957 [1651]), Jeremy Bentham (1970 [1789]) y Cesare Beccaria (1963

[1764]]¹⁴, el comportamiento de los hombres en general, y el comportamiento criminal en particular, es explicado por la búsqueda egoísta de los hombres por obtener placer y evitar el dolor. En este enfoque, los actos criminales no son en su naturaleza diferentes del resto de los actos del hombre y por lo tanto tienen como fin “maximizar” el bienestar del hombre, definido como una combinación de placer/dolor.

De acuerdo al enfoque de Bentham, el individuo decide cometer actos ilegales cuando la recompensa esperada de ellos es mayor que sus costos esperados. Estos costos incluyen no solo costos derivados de las políticas si es aprehendido (multas, prisión, etc.) sino también los costos morales (impuestos por sus pares en la sociedad) y los posibles costos físicos asociados a los mismos actos criminales (por ejemplo, riesgos de sufrir una accidente mientras comete el delito. De este modo, el rol del Estado para limitar la criminalidad pasa por la imposición de costos o sanciones a las actividades ilegales. Bentham destaca (entre otras) tres dimensiones de estos costos que impone el Estado: a) la certeza con que son aplicados; b) la severidad de estos, y c) la celeridad en la aplicación.

Consideraciones Regionales

Existen estudios sobre la conducta delictiva tomando el modelo económico del crimen; sin embargo trabajos analizados, carecen de un análisis en el cual involucre a las instituciones consideradas como responsables del encargo social de enfrentar la conducta delictiva, como es propuesto en la presente indagación.

En el libro “*Economía y Crimen*”, el economista y abogado Andrés Roemer, mexicano, afirma que la economía vista como una ciencia

¹⁴ NAVARRO, Lucas. Análisis Económico de las Políticas de Prevención y Represión del Crimen en Argentina. Córdoba: EUDECOR, 1999. p.27.

puede predecir el comportamiento humano. Este comportamiento proporciona a la sociedad y las autoridades una visión distinta de la delincuencia¹⁵.

Monografías de estudiantes de derecho de la Universidad del Atlántico, abordan algunos aspectos del tema objeto de investigación, sin que pueda afirmarse que lo hacen con el enfoque del que se pretende abordar el objeto de indagación. Algunos temas son:

- Acceso a la Administración de justicia frente a la Teoría de los Motivos y Finalidades. Autor: Iván Palacio Borja.
- Factores que determinan la criminalidad femenina en la ciudad de Barranquilla. Autores: Nelly Lara Santana, Joycemar Pallares Colina y Joanna Sánchez Martínez.
- Funciones de la pena en las cárceles de Barranquilla, la resocialización: mito o realidad. Autores: Carlos Barreto Remolina, Emilio Estrada Flórez, Esquid Mena Bermúdez.
- Imputación penal análisis crítico a la teoría de la imputación objetiva. Autor: Sergio Campo Ramos.
- Elementos de criminología en el marco de la responsabilidad penal juvenil en Colombia, entre los años 1998-2008. Autor: Pedro Omar Quijano Plata. Universidad Libre, 2010.

Se considera que el marco teórico expuesto es el apropiado teniendo en cuenta que la indagación ha pretendido identificar la actuación de las instituciones en el tratamiento de la conducta delictiva en el Distrito de Barranquilla. Algunas evidencias empíricas sobre el estado y evolución del crimen en Barranquilla, son resumidas seguidamente.

¹⁵ EL UNIVERSAL. Psicología del criminal, analizada por la teoría económica. Abril 1 de 2002. Disponible en: http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id_nota=43305&-tabla=ciudad México D.F., 7 de marzo de 2011

El diseño de la política criminal, parte del reconocimiento de variables de naturaleza dependientes unas e independientes otras, que se relacionan de una manera particular en el espectro del espacio donde se sucede el acto delictivo; por ello pueden identificarse varios factores que mediatizan el comportamiento del delincuente, pero también las instituciones encargadas de contrarrestar la conducta criminal.

Existen muchas teorías que pretenden sustentar los vínculos entre factores facilitadores y conductas delictivas; así, Carlos González Vásquez¹⁶ presenta un completo balance de teorías del desarrollo social que explican y buscan predecir el comportamiento criminal en jóvenes; además, se pretende identificar cuáles son las diferentes variables que influyen en la comisión de un acto criminal, siendo la variable económica una de las más influyentes. Por ello se consideró pertinente estudiar el modelo de comportamiento criminal como el propuesto por Becker (Premio Nobel de Economía en 1992), quien estableció una relación de costo beneficio en toda actividad delictiva.

El modelo propuesto por Becker¹⁷ afirma:

$$BN = (1 - pr) I - C - W - pr * pu; \quad cr = 1 \text{ si } BN \geq m; \quad cr = 0 \text{ si } BN < m$$

Donde:

Tabla 1. El modelo propuesto por Becker

BN=	Beneficios Netos
I=	Ingresos esperados por la actividad criminal
C=	Costo Monetario de cometer el crimen
W=	Costo de oportunidad de delinquir (salario no devengado)

¹⁶ VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. Predicción y Prevención de la delincuencia Juvenil según las Teorías del Desarrollo Social. En: Revista de Derecho. Vol. 14. (Jul.-Dic., 2003) p. 141.

¹⁷ GRAUTOFF LAVERDE, Manfred; CHAVARRO MIRANDA, Fernando; ARCE, Andrés Felipe. La teoría racional del crimen. Aplicaciones de Gary Becker e, D.C. UNIVERSIDAD Libre, 2011. En: Criterio libre. Vol. 9. No. 14. (Ene.-Jun., 2011). p. 102.

pr =	probabilidad de captura
pu=	Pena (sanción)
cr=	Crimen
m=	Valores morales

Fuente: *La teoría racional del crimen. GRAUTOFF LAVERDE, Manfred*

El modelo sugiere que cuando disminuyen los costos de delinquir (reducción de la probabilidad de ser capturado o disminución de sanciones), aumentan los beneficios netos de cometer un crimen, y cuando estos beneficios son superiores a los valores morales, se incentiva entonces la actividad criminal (tendencia a incrementar conductas delictivas). Así, el crimen sería una función que depende positivamente del ingreso esperado de delinquir, y, negativamente, de los costos monetarios de la actividad delictiva, del costo de oportunidad, de la probabilidad de captura y de los valores morales¹⁸.

Investigar la conducta criminal en perspectiva local, implica identificar las características de las instituciones que tienen como misión, contrarrestar, en el citado ente territorial, la comisión de delitos.

La Real Academia de la Lengua, define caracterizar como “acreditar a algo o alguien sus rasgos propios. Determinar los rasgos distintivos de una persona o cosa”¹⁹; aspecto que se predica para el caso concreto a la conducta del delincuente en la ciudad de Barranquilla. Respecto al término “instituciones”: una institución puede concebirse como “una cosa instituida o fundada... organismo que desempeña una función de interés público...”²⁰. Las instituciones constituyen especie de preceptos legales y culturales que conforman el marco de referencia para la actuación compleja de los agentes que interactúan

18 *Ibíd.*, p. 104

19 FUNDACIÓN TOMÁS MORO. Diccionario Jurídico Espasa. Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A. 1998. p. 62.

20 *Ibíd.*, p. 202.

en un entorno específico²¹; para el caso objeto de análisis las instituciones hacen referencias a los entes e instancias de naturaleza pública, privada o mixta que de manera directa y/o indirecta, enfrentan el crimen.

La política criminal y el funcionamiento de las instituciones, tiene impacto en la vida de una comunidad. Se considera que "un buen indicador del grado de desarrollo de una sociedad lo provee su entorno institucional. Mayor transparencia y estabilidad en las reglas de juego se traduce, invariablemente, en mayor desarrollo económico"²².

Eduardo Wiesner Durán, al referirse a la perspectiva de Douglas North, acerca de las instituciones señala: "Las instituciones, dice Douglas North, son aquellas normas legales y culturales que enmarcan la interacción entre los diferentes tipos de agentes que conforman una sociedad"²³.

Una conducta delictiva es aquella asociada al delito o que lo implica²⁴, es decir, constituye una acción que quebranta un bien jurídicamente protegido. En términos del derecho penal, se dice que la conducta delictiva se adecúa a un tipo legal penal, de tal manera que la conducta del agente activo del delito, puede reputarse como típica, antijurídica y punible.

La lucha contra el delito es una acción que compromete a muchos actores: el Estado y sus instituciones, particularmente las asociadas al orden, seguridad, defensa e inteligencia, así como otras instituciones públicas como el Poder Judicial y el Ministerio de Interior y de la Justicia.

21 WIESNER DURÁN, Eduardo. La efectividad de las políticas públicas en Colombia. Un análisis neo institucional. Bogotá: Tercer Mundo Editores; Departamento Nacional de Planeación, 1997. p. 10.

22 *Ibid.*, p. 11.

23 *Ibid.*, p. 11.

24 FUNDACIÓN TOMÁS MORO. *Op.*, cit., p.104.

En este orden de ideas, la investigación se centró en el análisis de las instituciones responsables de combatir la conducta delictiva en la ciudad de Barranquilla, identificar los rasgos característicos de la gestión institucional y a partir de estos avances, realizar una intersección con las consideraciones del modelo expuesto por Gary Becker acerca de la teoría económica del delito.

Es a partir de la anterior reflexión/análisis/caracterización, en perspectiva local, desde donde se procede a incorporar factores que sintetizan, con determinado signo, la articulación de la teoría económica del delito (modelo general) con el enfoque local (modelo particular). Pero ello precisa conocer lo que ha de entenderse por "economía" en referencia a las instituciones, en los siguientes términos: "en su sentido más corriente, economía significa la administración recta y prudente de los bienes, el ahorro de tiempo, materiales y trabajo. Si afinamos un poco y le damos un sentido técnico significa el uso óptimo de los recursos, de forma que una cantidad dada de los mismos produzca la mayor satisfacción o utilidad"²⁵.

Con base en lo expuesto, podemos afirmar que las instituciones encargadas de combatir la conducta delictiva en la ciudad de Barranquilla, son aquellos entes ubicados en las fases de criminalización primaria (Congreso de la República), secundaria (entes en la cadena de judicialización de la conducta delictiva) y terciaria (entidades encargadas de concretar la sanción o el castigo), incluida la fase cero (entes culturales, orientadores, disuasivos, desestimuladores) asociada a la prevención del delito²⁶; estas instituciones que participan, activa o pasivamente, en las fases de criminalización de la política pública

25 MÁRQUEZ MORALES, Antonio. Compendio de economía política. Maracaibo: Editorial Astrea. 2001 p. 4

26 OBSERVATORIO DE POLÍTICA CRIMINAL. Op. cit., p. 2.

criminal, cuentan con recursos (materiales e inmateriales) que deben administrar recta y prudentemente con el fin de alcanzar los fines propuestos por cada institución, reflejados en sus planes generales, metas, objetivos institucionales y en el Plan Operativo Anual (POA), configurando una economía propia del ente, la cual será motivo de investigación, incluida sus relaciones biunívocas asociada a entes con idéntica responsabilidad o encargo social.

Al realizar un contraste entre el análisis general del modelo de Gary Becker, acerca de la teoría economía del delito, con elementos reales del contexto del Distrito de Barranquilla y las características, articulaciones, misión y cometido social de las instituciones encargada de combatir la conducta criminal en lo local, la ecuación original de Becker²⁷, requiere ser ajustada, incluyendo variables con el signo positivo o negativo correspondiente a la implicación o impacto de la variable dependiente, respecto a la conducta criminal. El ajuste a la ecuación se expresa así:²⁸

$$BN = (1 - pr)I - C - W - pr*pu - aii*avc$$

$$\begin{aligned} cr &= 1 \text{ si } BN \geq m \\ cr &= 0 \text{ si } BN < m \dots \end{aligned}$$

Donde:

BN= Beneficios Netos (de la conducta delictiva).

I= Ingresos esperados por la actividad delictiva

²⁷ GRAUTOFF y otros. Op., Cit. p. 113.

²⁸ NUÑEZ, Javier. Determinantes socioeconómicos y demográficos del crimen en Chile. En: Estudios de Economía. Vol. 30. No. 1, (Ene.-Jun., 2003) p. 55.

C=Costo Monetario de cometer el delito

W=Costo de oportunidad de delinquir (salario no devengado)

pr=probabilidad de captura

pu=Pena (condena, castigo, pena de muerte)

aii="acción institucional integrada frente al delito"(aii)

avc="acción de las veedurías ciudadanas frente al delito"(avc)

cr=Crimen; m=Valores morales

El análisis acerca de la conducta delictiva en el contexto de la realidad del Distrito de Barranquilla presenta particularidades respecto al comportamiento de variables en el modelo analizado, tales como la "acción institucional integrada" (aii) y la "acción de las veedurías ciudadanas" (avc).

La (pr) podría estar menguada por la insuficiencia de presupuesto a las instituciones encargadas de combatir la conducta delictiva, la deficiente gestión en la economía de sus recursos, la carencia de efectivos mecanismos inter institucionales, así como las dificultades de acceso a la justicia, tal como es la tendencia en el nivel nacional.

El acceso a la justicia es el derecho que tiene toda persona a que, sin discriminación alguna y en condiciones de igualdad, se le garanticen mecanismos adecuados y sencillos para la resolución de sus conflictos y la vindicación de los derechos protegidos e intereses legítimos de los cuales es titular (Ventura Robles, 2007). Para garantizar que el acceso a la justicia sea real y efectivo, las autoridades están en la obligación de respetar, proteger y realizar el derecho.

(Sentencia C-279 de 2013, 2013). En términos generales, el sistema de justicia debe asegurar los siguientes principios, reconocidos en pronunciamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: acceso, gratuidad o costos razonables, celeridad, oralidad¹³, continuidad e igualdad (Méndez, 2000). Así mismo, existen precisiones especiales para las personas en condición de vulnerabilidad, conocidas como las Reglas de Brasilia, que incluyen previsiones sobre cultura jurídica, asistencia legal, derecho a un intérprete, entre otras²⁹.

En cuanto al acceso a la justicia en el Distrito de Barranquilla, este presenta similares tendencias a las limitaciones a nivel nacional, así pueden señalarse entre los más representativos obstáculos, las barreras culturales, geográficas, déficit de legitimidad y barreras operativas. El Gráfico 1, detalla en qué consiste cada uno de estas dificultades de acceso a la justicia.



Ilustración 2. Principales problemas de la justicia limitado acceso de los colombianos al sistema de justicia

Fuente: Corporación Excelencia en la Justicia

²⁹ CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. Caracterización de la justicia formal en Colombia y elementos para la construcción de una agenda estratégica para su mejoramiento. Bogotá D.C., 2017. p. 20 y 21.

La (pu) podría estar mediatizada, por baja rigurosidad en la aplicación de castigos, la inconsistencia entre su aplicación y la gravedad de la conducta delictiva, la percepción moral de la conducta del delincuente, u otra razón que hace menos gravosa la sanción de quien asume una conducta delictiva. El Cuadro 1, muestra el indicador de Justicia en el Distrito de Barranquilla.

El citado cuadro, muestra variaciones numéricas de conductas sujetas a sanción penal. Así, se observa un incremento de homicidios durante el año 2016, respecto a los años 2013 y 2014; aunque disminuyó respecto al año inmediatamente anterior, se observa que el año 2016 está por encima de la media (367 homicidios) de los cuatro años analizados. Similar tendencia presenta el número de delitos contra la vida e integridad personal, donde la media (6.896) es superada por los 7022 casos del año 2016. En cuanto al número de casos de violencia intrafamiliar, se observa un franco incremento, siendo el año 2016 el de mayor número de casos con 2.765.

Tabla 2. Indicador de Justicia en el Distrito de Barranquilla (2013 a 2016)

INDICADOR	2013	2014	2015	2016
Número de Homicidios en el Período*	319	343	426	379
Número de Delitos contra la Vida e Integridad Personal*	6724	6735	7101	7022
Número de Casos de Violencia Intrafamiliar *	2182	2215	2222	2765
Número de Eventos en Derechos Humanos Realizados*	ND	ND	3	2
Población con Conocimiento de Derechos Humanos*	ND	ND	15	50
Población Interna Resocializada (Buen Pastor)	ND	60	115	97
Población Interna Resocializada (El Bosque)	ND	30	121	275
Número de Eventos Promocional de la Cultura de la Paz y Resolución de Controversias****	ND	ND	67	1
*Fuente: Secretaría Distrital de Gobierno y Oficina para la Seguridad Social y Convivencia Ciudadana				
**Fuente: Centros de Rehabilitación				

La (aii)³⁰ podría estar debilitada por la fragmentación de las actividades de las instituciones que no ejercitan una acción institucional de integración de los elementos teleológicos que guían su accionar; son instituciones que realizan una gestión sin valorar las ventajas de articularse e integrarse con instituciones afines al cometido social que constituye su razón de ser; igual sesgo se observa en la planeación y ejecución de los presupuestos que constituyen los elementos donde se evidencia con mayor claridad la carencia de una cultura compartida de corresponsabilidad institucional, de control y auditoría institucional sobre los recursos públicos y sobre sistemas de instituciones vinculadas a las tareas orientadas a combatir el crimen.

Lo anterior ha sido evidenciado en los indicadores de fortalecimiento institucional del Distrito de Barranquilla, donde puede observarse que se carece de un indicador que presente el grado de integración institucional entre entidades con propósitos o fines similares. Así se observa en el Cuadro 2, donde se presentan los indicadores: Sistemas de Información en Funcionamiento; Manual de Procesos y Procedimientos en Operación; Sistemas de Control Interno Implementado; Sistemas de Gestión de la Calidad Implementado; Sistema de Evaluación de la Gestión Implementado, etc.

Es decir, los indicadores de fortalecimiento institucional del Distrito de Barranquilla, entre los años 2013 a 2016 se encargan de la métrica individual de las entidades del Distrito. Se observa la inexistencia de un indicador que mida el nivel o grado de asociación institucional, o que mida políticas públicas promotoras de acciones conjuntas, compartidas, entre instituciones que combaten el crimen o que planeen y ejecuten presupuestos complejos orientados a la integración

30 La acción institucional integrada (aii), constituye una variable propuesta por el Dr. Jairo Contreras Capella que incorpora y enriquece el modelo propuesto bajo la tradición de Gary Becker, premio nobel de economía.

de tareas pública o tareas que promuevan procesos de gestión con vocación integracionista local.

Tabla 3. Indicador de Fortalecimiento Institucional Distrito de Barranquilla (2013 a 2016)

INDICADOR	2013	2014	2015	2016
Sistemas de Información en Funcionamiento	Sí	Sí	Sí	Sí
Manual de Procesos y Procedimientos en Operación	Sí	Sí	Sí	Sí
Sistemas de Control Interno Implementado	78,2	0	100 %	100 %
Sistemas de Gestión de la Calidad Implementado	NA	NA	100 %	100 %
Sistema de Evaluación de la Gestión Implementado	Sí	Sí	Sí	Sí
Nivel de reporte SICEP y FUT	100 %	100 %	100 %	100 %
Personas que Visitaron el Web Site del Distrito.	847.605	783.258	750.673	857.499
Fuente: DNP, Evaluación Integral de Municipios, Portal Web	0	0	0	
INDICADOR	2013	2014	2015	2016
Desempeño Integral (Posición en Ranking Nacional)*	88,78	87,72	86,26	ND
Desempeño Fiscal (Posición en Ranking Nacional)*	78,99	80,41	80,36	ND
Cumplimiento en el Pago de Acreencias	100 %	100 %	100 %	100 %
Superávit y/o Déficit (millones de pesos)	58.061	28.027	7.868	12.695

Fuente: DNP, Portal Web

La (avc)³¹ podría estar menguada por la insuficiencia de presupuesto a las instituciones encargada de promover en las comunidades una cultura de corresponsabilidad social, de control y auditoría social sobre los recursos públicos y sobre sistemas de instituciones vinculadas al bienestar comunitario y por tanto a la paz; pero también la baja incidencia de las (avc), podría deberse a la fragmentación y poca articulación con otros sistemas como el educativo (especialmente el

³¹ La acción de la Veedurías Ciudadanas (avc), constituye una variable propuesta por el Dr. Jairo Contreras Capella que incorpora y enriquece el modelo propuesto bajo la tradición de Gary Becker, premio nobel de economía.

de educación superior), el cual no se ha apropiado del rol y participación en el proceso de lucha contra el delito o contra la corrupción, mediante la creación de programas académicos, orientados a combatir la conducta delictiva específica, la deficiente gestión en la economía de sus recursos, la carencia de efectivos mecanismos inter institucionales, u otras razones.

Respecto al Cuadro 3, relacionado con indicadores de participación ciudadana en el Distrito de Barranquilla, entre los años 2013 a 2016, se observa el bajo nivel de todos los indicadores, teniendo en cuenta que el Distrito de Barranquilla, hace parte del Área Metropolitana de Barranquilla (AMB), representando un 61 % del total de la población del AMB para el año 2013 y el 60 % para el año 2016 (ver Cuadro 4). Lo muestra la baja participación ciudadana en el Distrito de Barranquilla, atendiendo a la importancia porcentual en el número de habitantes, respecto al AMB:

Tabla 4. Indicadores de Participación Ciudadana en Distrito de Barranquilla (2013-2016)

Secretaría Distrital de Gobierno				
INDICADOR	2013	2014	2015	2016
Número de Ciudadanos que recibieron Formación en Cultura Ciudadana*	1.200	1.332	1.632	1.984
Jornadas de priorización participativa de comportamiento (personas participantes)*	ND	1.532	1.632	1.322
Campañas de formación en instituciones educativa (alumnos formados)*	ND	ND	1.100	0
Participación de Organizaciones Comunitarias en Procesos Distritales*	156	165	172	178
Personas que Visitaron el Web Site del Distrito**	847.605	783.258	750.673	857.499
Número de Campañas Mediáticas en Comportamiento de Cultura Ciudadana***	5	5	5	9
Número de Procesos de Comunicación y Participación con la Comunidad***	95	121	172	178
Fuente: Oficina de Participación Ciudadana - Secretaría Distrital de Gobierno				
Fuente: Gerencia de Sistemas Distrital				
Fuente: Sicep				

El cuadro 4 presenta la población del AMB y las poblaciones del Distrito de Barranquilla, Soledad, Malambo, Puerto Colombia, y Galapa para el periodo 2013 a 2016.

Tabla 5. Población Área Metropolitana de Barranquilla, entre los años 2013 a 2016

Demografía	0	0	0	0
Indicadores	2013	2014	2015	2016
Población Área Metropolitana	1.974.732	2.000.012	2.025.071	2.049.949
Población Barranquilla	1.206.946	1.212.943	1.218.475	1.223.616
Población Soledad	582.774	599.012	615.492	632.183
Población Malambo	117.283	119.286	121.281	123.265
Población Puerto Colombia	27.309	27.216	27.103	26.989
Población Galapa	40.420	41.555	42.720	43.896

Fuente: Dane - Demografía y Población; Encuesta Continua de Hogares

Con relación a los valores morales, (m), la conducta del delincuente y del potencial delincuente, se encuentra influida por el contexto moral característico del Distrito de Barranquilla y de las particularidades propias de la realidad económica, social, política y cultural de la ciudad de Barranquilla y de las instituciones pertinentes.

Puede afirmarse que la (pr), (pu), (aai) y (avc), en su conjunto, asumen valores que reflejan la calidad de la gestión institucional, así como el alcance, grado, mecanismos e intensidad de las relaciones inter institucionales y actores sociales, vinculadas a la responsabilidad de contrarrestar la conducta delictiva en el entorno local.

El modelo de la ecuación general de Gary Becker parte de que el beneficio neto del delincuente ($BN = (1 - pr)I - C - W - pr*pu$), está determinado por un beneficio neto (BN) que está en función de unos ingresos esperados por la actividad criminal (I), menos un conjunto de factores o variables de la ecuación que afectan negativamente los beneficios netos y el ingreso esperado del crimen, tales como: el costo monetario de cometer el crimen (C); el costo de oportunidad de delinquir (W); la probabilidad de captura (pr) y la pena o sanción (pu).

Expone en su modelo el citado premio nobel que el crimen (cr) será un suceso seguro, si el beneficio neto (BN) es mayor o igual a los valores morales (m); y será un suceso que no ocurrirá si los beneficios netos por delinquir son menores a los valores morales. Es aquí donde un elemento como la moral se constituye en un factor esencial en la comisión de una conducta socialmente reprochable y sancionable (crimen o delito).

Al analizar la naturaleza de los factores o variables de la ecuación de Gary Becker, se observa que algunos de los factores de la ecuación o variables, presentan origen asociado a aspectos subjetivos del delincuente (su contextura moral) y otros factores se asocian a aspectos objetivos que inciden en la comisión del acto criminal, tales como C, W, pr y pu. Estos últimos factores (objetivos) son elementos que participan en el desestímulo para asumir una conducta criminal y que responden de manera reactiva, no preventiva en la comisión de un delito.

Tal como hemos visto que las etapas de criminalización secundaria y terciaria³² corresponden a acciones que buscan reaccionar ante el delito y el delincuente, así mismo "se ha considerado que es posible establecer una fase cero de la política criminal, que estaría concentrada en la prevención de los fenómenos de criminalidad a través de mecanismos distintos a los sistemas penales"³³.

Examinada la ecuación básica de Gary Becker, este propone su ecuación en el marco de variables asociadas a las fases una, dos y tres de criminalización, mientras que no contempla en su ecuación, factores, elementos o variables relacionados con la fase cero de criminalización, que corresponde a una fase preventiva del delito.

³² MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Op., cit. p. 3

³³ *Ibíd.* p. 3.

Por lo anterior se hace necesario complementar la ecuación de Gary Becker bajo un enfoque preventivo dado por las variables propuestas: a_{ii} ="acción institucional integrada frente al delito" (a_{ii}); y avc ="acción de las veedurías ciudadanas frente al delito" (avc); quedando así una ecuación que contempla las cuatro fases de criminalización:

$$BN = (1 - pr) I - C - W - pr * pu - a_{ii} * avc$$

$$cr = 1 \text{ si } BN \geq m$$

$$cr = 0 \text{ si } BN < m \dots$$

Donde:

BN = Beneficios Netos (de la conducta delictiva).

I = Ingresos esperados por la actividad delictiva

C =Costo Monetario de cometer el delito

W =Costo de oportunidad de delinquir (salario no devengado)

pr =probabilidad de captura

pu =Pena (condena, castigo, pena de muerte)

a_{ii} ="acción institucional integrada frente al delito" (a_{ii})

avc ="acción de las veedurías ciudadanas frente al delito" (avc)

cr =Crimen; m =Valores morales

CONCLUSIÓN

Investigar acerca de la política criminal en Barranquilla, bajo un enfoque local de la teoría económica del delito del premio nobel Gary Becker, implicó comprender el significado de su afirmación expresada

en la ecuación general de su teoría económica del delito, a su vez significó conocer el perfil de cada uno de los factores de la ecuación, su naturaleza, impacto y signo, en el conjunto articulado de variables que conforman dicha ecuación.

Se pudo evidenciar la necesidad de complementar la ecuación general expuesta por Gary Becker de tal manera que incluya los elementos represivos y preventivos del delito, lo que fue tratado como fases de la criminalización de cero a tres. Se incluyeron dos factores de naturaleza preventiva, como es la habilidad institucional de trabajar en equipos de instituciones afines que combatan el delito desde la fase cero de criminalización, factor denominado "acciones institucionales de integración frente al delito", (a_{ii}); y el otro factor que complementa esa fase cero de criminalización es el factor de "acciones de las veedurías ciudadanas, frente al delito", (a_{vc}).

Los factores (a_{ii}) y (a_{vc}) al multiplicarse fortalecen su capacidad preventiva de relación Estado-Ciudadano, toda vez que la variable (a_{ii}) está asociada a la gestión pública (Estado), mientras que (a_{vc}) se asocia a la responsabilidad ciudadana; además presentan signo negativo y que presentan una relación inversamente proporcional a la comisión del delito. Así el delito tiende a elevarse si la (a_{ii}) y (a_{vc}) se debilita o disminuye; y al revés, el delito tiende a disminuir cuando la (a_{ii}) y (a_{vc}) se elevan al máximo.

Además, la investigación implicó reflexionar respecto al surgimiento de la institucionalidad (etiología institucional), pero también de las actuaciones individuales y colectivas de las entidades u organismos encargados de prevenir, reprimir y castigar las conductas delictivas. Esto requirió identificar el sustento ideológico, político, social, cultural, económico y jurídico que confluyen en la estructuración de las funciones institucionales, así como de su aporte a la solución de

los problemas de la Sociedad y del entorno local en que se insertan las instituciones.

La investigación, también necesitó conocer aspectos tales como: la manera como se concibe, institucionalmente, el encargo social; de cómo se ha estructurado el plan de acción de dichos entes, organizaciones o instituciones; del ideario político, democrático y humanista declarado en su estructuración teleológica; el grado de cobertura y proyección social; el perfil didáctico del derecho que encarna; la visión prospectiva; etcétera.

Por lo anterior puede señalarse que se ha llegado a algo más que meras conclusiones. Estas se han convertido en "iniciaciones", en el sentido que los interrogantes surgidos, son mayores que las respuestas encontradas a lo largo de los resultados de investigación.

En prospectiva, la investigación se considera no ha de limitarse, a precisar algunas funciones de las instituciones involucradas, la verificación del cumplimiento de manuales de procesos y procedimientos, el estudio de gestiones rutinarias de los entes involucrados en combatir el delito, o el análisis de hitos que hayan constituido en un momento determinado el escenario de la actuación institucional (incluido momentos de crisis), como tampoco circunscribirse a la mera referencia de circunstancias en que nace, se expande y consolida una determinada política pública en materia criminal.

Las reflexiones expuestas hacen posible que emerja, a manera de "conclusión", un punto de partida (quizás, muchos), en lugar de un punto de llegada. De tal manera se puede afirmar el inicio de un ciclo, un nuevo recorrido investigativo que pretende abordar una constelación de preocupaciones, interrogantes y pareceres más o menos estructurados que se han venido configurando a lo largo de la presente indagación realizada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. Caracterización de la justicia formal en Colombia y elementos para la construcción de una agenda estratégica para su mejoramiento. Bogotá D.C., 2017. 173 p.
- EL UNIVERSAL. Psicología del criminal, analizada por la teoría económica. Abril 1 de 2002. México D.F., 7 de marzo de 2011.
- FUNDACIÓN TOMÁS MORO. Diccionario Jurídico Espasa. Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A. 1998. 1010 p.
- GRAUTOFF LAVERDE, Manfred; CHAVARRO MIRANDA, Fernando; ARCE, Andrés Felipe. La teoría racional del crimen. Aplicaciones de Gary Becker, D.C. UNIVERSIDAD Libre, 2011. En: Criterio libre. Vol. 9. No. 14. (Ene.-Jun., 2011). p. 91-124.
- MÁRQUEZ MORALES, Antonio. Compendio de economía política. Maracaibo: Editorial Astrea. 2001. 2312 p.
- NAVARRO, Lucas. Análisis Económico de las Políticas de Prevención y Represión del Crimen en Argentina. Córdoba: EUDECOR, 1999. 84 p.
- NUÑEZ, Javier. Determinantes socioeconómicos y demográficos del crimen en Chile. En: Estudios de Economía. Vol. 30. No. 1, (Ene.-Jun., 2003) p. 55-85.
- OBSERVATORIO DE POLÍTICA CRIMINAL. Citado por el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Sistema de estadísticas en justicia. 2002. p.1.
- VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. Predicción y Prevención de la delincuencia Juvenil según las Teorías del Desarrollo Social. En: Revista de Derecho. Vol. 14. (Jul.-Dic., 2003) p. 135-158.

WIESNER DURÁN, Eduardo. La efectividad de las políticas públicas en Colombia. Un análisis neo institucional. Bogotá: Tercer Mundo Editores; Departamento Nacional de Planeación, 1997. 308 p.

NORMAS Y JURISPRUDENCIA CITADAS

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Bogotá: Editorial Cupido. 1991.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-646/01. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.